جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية

المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري والمواثيق الدولية

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

من إعداد الطالب: تحت إشراف:

بن عومر محمدالصالح أ.د/ حميدو تشوار زكية

لجنة المناقشة

أ.د. تشوار جيلالـــــي، أستـــاذ، جامعـــة تلمســـــان، رئيساً

أ.د. حميدو تشوار زكية، أستـــاذة ، جامعـــة تلمســـــان، مُشرفة ومُقررة

أ.د. حمليل صالـــــح، أستـــاذ ، جامعـــة أدرار ، مُناقشاً

د. يقاش فـــــراس، أستـــاذ محاضر"أ"، جامعـــة وهـــــران ، مُناقشاً

السنة الجامعية: 2016/2015

﴿ بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ﴾

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّـهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّـهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾

سورة النساء، الآية الأولى.

إهداء

إلى كل من صَحَبني في رِحلَتي العِلمية، دَاعِماً ومُشجعاً وناصِحاً ومُرشداً، صابراً ومُضحياً

إلى أُمي التي أحاطتني بِعطفها وحنانها.

إلى أبي الذي رعاني و أنار لي دَربي .

إلى زوجتي الحبيبة .

إلى إخوتي الذين سَاندوني في هذا المِشوار الشاق والمُضني .

إلى روح جدي الشيخ سيدي عبدالقادر بن عومر الذي غَرَس فينا حُب العِلم والحِلم والأخلاق.

إلى كل أصدقائي ورِفاقي.

أُهدي هَذا العمل

بن عومر محمد الصالح

شكر وتقدير

بعد أن مُنحت القُدرة على القيام بهذا البحث في رحاب جامعة تلمسان العامرة بالعلم والأساتذة، والذي هدفت من ورائه إلى إضافة لبنة تُسهِمُ في إثراء قانون الأُسرة. هذا التطوير الذي ساهم فيه الكثيرون ممن أناروا لي السُبُل بسداد فكرتهم وصواب رأيهم .

فهذا خير موضع يُعترفُ فيه بالفضل لذويه، لذا لا يسعني في هذا المقام إلاّ أن أتقدم بالتقدير والإجلال لِأُستاذتي الدكتورة لله تشوار حميدو زكية لله التي أكرمتني بإشرافها على هذا البحث، وقدمت لي النصائح والتوجيهات القيّمة التي ساعدتني في إعدادِه على خير وجه .

كما أتوجه بالشكر الجزيل للأساتذة أعضاء لجنة المناقشة

- الأُستاذ الدكتور تشوار جيلالي على استشاراته النيّرة التي لم يبخل علينا بها طيلة مشوارنا الدراسي بعد التدرج .
- الأُستاذ الدكتور خليل صالح الذي تعلمنا على يديه مبادئ القانون في مرحلة الليسانس بجامعة أدرار .
- الدكتور يقاش فراس الذي درسنا في مرحلة الماجستير بجامعة بشار، وكان عضواً مُناقشاً في مذكرتي للماجستير .

قائمة أهم المختصرات

1- باللغة العربية

ج: الجزء

ص: صفحة

ط: الطبعة

ع.د.ح.م.س: العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية

ع.د.ح.إ.ج.ث: العهد الدولي للحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية

غ.م: غرفة مدنية

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية

ق.أ : قانون أسرة

ق.م: قانون مدني

ق.ح.م: قانون الحالة المدنية

ق.ع: قانون عقوبات

م : مادة

م.ق: المجلة القضائية

م.م.د: مجلة مجلس الدولة

م ج.ع.ق.إ.س: المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية.

م.ج. أ.ع: مجلة جامعة الأمير عبدالقادر للعلوم الاسلامية

2- باللغة الأجنبية

CEDAW : Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women

مقدمـــــــة

انطلقت الحياة البشرية في أول عهدها من علاقة فطرية تكاملية بين زوجين رجل وامرأة، أصبحا أباً و أُماً، وكونا أسرة بشرية كانت الوحدة الأولى في بناء المجتمع البشري. ومن تلك الأسرة الواحدة تفرعت أُسَر عديدة تجمع بينها علاقات الأصل الواحد، وعلاقات القربى بين الأُسر، ومن هذه الأُسر تكونت الشعوب والقبائل والأُمم. وكانت هذه هي السّنة الإلهية التي فطر الله الناس عليها لإعمار الأرض وتحقيق الإستخلاف فيها. ومنذ تلك البداية والأسرة هي وحدة البناء الأساسية في كل مجتمع بشري، الكفيلة بحماية المُقومات الأساسية التي تعطي للمجتمع خصائصه البشرية العامة، وهويته القومية أو العرقية أو الدينية الخاصة[1] .

غير أن العالم اليوم شهد تغيّرات واسعة في مجال العلاقات بين أفراد الأسرة، ففقدت الأسرة في كثير من المجتمعات، وإن بدرجات متفاوتة، مفهومها في الطبيعة الفطرية، وموقعها في البناء الإجتماعي، ووظيفتها في التنشئة والتربية، كل ذلك لصالح اتجاهات فردانية، تُعْلي من قيمة الفرد، وتجعلُه بؤرةَ الإهتمام، وتَحُدّ من دور الأسرة في تشكيل بنيته النفسية والعقلية[2].

ولم تكن الأسرة العربية والمسلمة بمنأى عن هذه التغيّرات، إذ شهدت الأسرة نِسباً متنامية في حالات الطلاق، وارتفاع سن الزواج، وتطوير أنواع من الزواج الجديدة والتي لا تُحقق هدفه السامي في بناء الأسرة، وهذا بدافع المساواة التامة بين الجنسين. وبذلك اضطرب مفهوم الأسرة، فشاع مصطلح الشريك والقرين، ووُصِف الزواج الطبيعي بالتقليدي أو النمطي، وظهرت دعوات إلى بناء الأسرة اللانمطية. وغدت العلاقة بين أفراد الأسرة علاقة اقتصادية استهلاكية، مرتبطة بالتمويل والمنفعة والمصلحة، لا بالانتماء إلى المنظومة القيمية للمجتمع الإنساني. وأصبحت القيم الفردية المُنظمة للحياة الأُسرية تحكم التفاعل الأُسري. ولم تَعُدْ الأُسرة تقوم بوظائفها

1 – سعاد ابراهيم صالح، قضايا المرأة المعاصرة رؤية شرعية ونظرة واقعية، ط1، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2008، ص.9.

2 – خديجة كرار الشيخ الطيب بدر، الأسرة في الغرب أسباب تغيير مفاهيمها ووظيفتها دراسة نقدية تحليلية، ط1، دار الفكر، دمشق، 2009، ص.39.

الفكرية والنفسية من صحة نفسية، وأمن اجتماعي، وهُوية فكرية وثقافية، ولا الوظائف الإجتماعية من حضانة ورعاية وتربية...، ولا الوظائف البيولوجية من إشباع غريزي وتناسل طبيعي...، ولا الوظائف الإقتصادية من تدبير المأكل والمسكن والملبس[1].

لقد كانت التنشئة الإجتماعية تعني العملية التي يتم بها انتقال الثقافة والقيم من جيل إلى جيل، وإكساب الفرد أنماط السلوك في مجتمعه، متمثلاً القيم والمعايير التي يتبناها المجتمع، ليغدو الشخص كائناً اجتماعياً وعضواً صالحاً في الأُسرة والمجتمع، لكن هذا الفهوم للتنشئة قد أخذ مسارا آخراً، إذ بدأت الأُسرة العربية والمسلمة تتبنى النمط الغربي والمنظومة الغربية في التنشئة الاجتماعية.

ولعلّ أهمّ ملامح التغيّر في مفهوم الأسرة في العالم الحديث سيادة مفهوم الأسرة النووية على شكل التفاعل الأسري، واضمحلال الأسرة المُمْتدة، بفعل عوامل التحديث والتطور الاجتماعي والاقتصادي، والتدبير الفكري والمعرفي لتأثير هذه العوامل، في مفهوم الأُسرة ووظيفها. مما أدى إلى شيوع مظاهر التفكك في البناء الأُسري وضعف المشاعر الفطرية المُعبرة عن المودة والتراحم الأُسري، واختفاء مظاهر التكافل والتعاون، وبروز الفردية والإنعزالية[2].

لقد أثّرت منظومة التفكير الإجتماعي الغربية في سائر المنظومات المعرفية لباقي الشعوب، بتأثير العولمة والهيمنة السياسية والإقتصادية، والأكاديمية، دون مراعاة للخصوصيات الثقافية، والإجتماعية، والدينية للمجتمعات والشعوب.

وترى بعض التيارات الفكرية الغربية أنّ الأسرة شكلٌ من أشكال السيطرة الأبوية السلطوية، وأنّ شرط الإبداع والتجاوز يتم من خلال التمرد على كل أشكال الأبوية ومنها الأُسرة. وثمة تيارات تنادي بالتطابق المُطلق بين الرجل والمرأة، دون مُراعاة لما أودعه الله عزّ وجلّ من خصائص فطرية ونفسية وجسمية لكلا الجنسين، فانتشرت

1 – نهى القاطرجي ، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، 2006،ص.11 ومابعدها.

2 – رجاء ناجي مكاوي، كونية نظام الأسرة في عالم متعدد الخصوصيات، الدروس الحسنية، المغرب، 2003، ص.5.

الحركات النسوية، وبرز مفهوم النوع الإجتماعي" الجندر" تجلياً واضحاً للقضاء على سِمات التفرّد والتمايز الطبيعي بين الجنسين[1].

ولعلّ انتشار مصطلحات "الأم العزباء" و "الإبن البيولوجي" و"الزواج المثلي" و"التغيير الجنسي" في البنية المجتمعية الغربية،من بوادر ومؤشرات زوال مؤسسة الزواج، وسائر مفاهيم الرابطة الأُسرية المُتأصلة في البناء التشريعي للديانات السماوية، الذي تكون فيه الأُسرة الأساس في إقامة العلاقات، ويكون الزواج بين رجل وامرأة هو أساس الأُسرة. ومن هذا التكوّن تتشكل دوائر القرب في النسب و الصهر ، وسائر عناصر التكامل المجتمعي الأخرى. ولقد حاولت المُؤترات الدولية أن تغذي هذا الإحساس بالتمرّد، والتفلّت من القيام بالمسؤولية الدينية والأخلاقية تُجاه الأُسرة، بإعطاء الشرعية للقوانين التي تُقوّض عُرى الأسرة، مفهوماً وبناأً ووظيفةً[2].

وتُعد الأسرة الجزائرية هي الخلية الأساسية التي يستمد منها المجتمع الجزائري مُقومات وجوده وعوامل بقائه، وعناصر قوته. ومن هُنا وَجَبَ الاهتمام البالغ بها من قِبل المُشرع الجزائري، وإحاطتها بكل ما يُحافظ على كيانها وخصائصها الذاتية، ذلك أن حماية الأسرة هي حماية المجتمع ذاته. و لا يتحقق إلا بإخضاع الأسرة لتنظيم قانوني واجتماعي يجعلها في منأى عن التيارات الغربية الدخيلة التي تهدم بُنيانها وتشل دورها. ولقد أكدت الدساتير الجزائرية على هاته الحماية، حيث نصت م 17 من دستور 1963على أنه:" تحمي الدولة الأسرة باعتبارها الخلية الأساسية للمجتمع"، وم 65من دستور 1976 تنص على أنه:" الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع، وتحظى بحماية الدولة والمجتمع"، وتنص م 55من دستور 1989، وم 58من دستور1996[3] على أنه:" تحظى الأسرة بحماية الدولة والمجتمع".

1 – خديجة كرار الشيخ الطيب بدر ، المرجع السابق، ص.21.

2 – محمد مهري، حقوق الانسان إشكالياتها وموقعها في شرعنا وتشريعاتنا، ط1، منشورات السائحي، الجزائر، 2010، ص.19.

3 – الدستور الجزائري 28 نوفمبر 1996. ج.ر رقم 76 المعدل بالقانون رقم 02–03 المؤرخ في 10 ابريل2002 ج.ر رقم 25 المؤرخة في 14 ابريل 2002، وبالقانون رقم 08–19 المؤرخ في 15نوفمبر 2008 ج.ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن قانون الأسرة يولي اهتماما خاصا بالأسرة بكل أفرادها من زوج وزوجة وأطفال، وتمتد مواده لتتناول أحكاما تتعلق بأقارب كل من الزوجين وذلك قصد إبراز الصفة المؤسساتية للأسرة وما يترتب عن ذلك من التركيز عليها بهدف حفظ كيانها وصيانة حق كل فرد منها وإشعاره بالواجبات الملقاة على عاتقه داخلها في إطار من التوازن بين الحقوق والالتزامات المتبادلة بينهم[1] .

ولقد جاء قانون الأسرة الجزائري منبثقاً من الشريعة الإسلامية، على الرغم من الأصوات الداخلية والخارجية التي كانت تطالب بإفراغه من الصبغة الدينية. فلقد جاء تدعيماً للاستقلال الوطني في المجالين القانوني والقضائي على أعلى مستوى. الأمر الذي جعله بذلك يُساهم في سد الفراغ القانوني وخلق نهضة حقوقية شاملة، والجزائر في مرحلة تبلور التشريعات واستقرارها على ارض علمية متينة، وأسس قوية صلبة في القضاء على التبعية القانونية، وظاهرة الاقتباس الجامد من النصوص الدخيلة عن ثقافة مجتمعنا الأصيل، كما أنه دعم مبادئ الاكتفاء الذاتي والإستقلال القانوني، وجعل أحكام الفقه الإسلامي هو الأساس للتشريع العائلي في جميع مسائله المختلفة[2].

والمُلاحظ أن الفترة الممتدة مابين 1962و 1984شهدت صدور العديد من القوانين، إلا أن قانون الأسرة تأخر عن الصدور طيلة عشرون سنة بعد الإستقلال. ويرجع سبب تأخر صدور هذا القانون إلى وجود صراع حقيقي بين المحافظين و الإصلاحيين في الجزائر. ولقد كان من بين أهم الدوافع والأسباب التي أدت بالبعض إلى رفض قانون الأسرة والدعوة إلى إلغائه، هو إجحافه لحق المرأة، وخرقه بذلك لمبدأ المساواة الذي كرسته أحكام الدستور، ومبادئ الإعلانات والمواثيق، والمؤتمرات الدولية[3].

1 – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،ج1 الزواج والطلاق، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص.15.

2 – عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثانية مزيدة منقحة ، دار البعث للطباعة و النشر ، قسنطينة ، الجزائر ، 1989، ص.09 وما بعدها.

3–لوعيل محمد لمين،المركزالقانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري،دارهومه للطباعةوالنشر،الجزائر،2004،ص.5

إن المرحلة الراهنة من تطور النظام الدولي تشهد كيف قفزت الدراسات المتعلقة بالمرأة إلى دائرة الضوء الأكاديمي والعملي على حد سواء، وتم هذا على نحو غير مسبوق وطنيا أو إقليمياً أو عالمياً . فقد أضحت قضية عالمية وُلدت من رحم قضية حقوق الإنسان التي اكتسبت بدورها زخماً عالمياً متنامياً في عصر العولمة، وذلك بعد اهتمام متراكم بصورة تدريجية ومُتصاعدة خلال النصف الثاني من القرن العشرين.

إن قضية الأسرة والمرأة من أهم المجالات التي يظهر على صعيدها الاختراق الخارجي للداخلي، وعلى نحو مُحمل بقيم وثقافة النموذج الغربي، على اعتبار أن الأسرة مدخل أساسي للتغير المجتمعي و القيمي والثقافي والحضاري، الذي يهرع الغرب لتحقيقه في مجتمعاتنا .

ويُضيف بعض الفقه، أن قضية المرأة تُثير سؤالاً كبيراً يطرحه النموذج المعرفي الغربي على دول المجتمع الدولي، وعلى الأنساق الثقافية الموجودة في العالم اليوم. وفي مقدمتها النسق المعرفي الإسلامي في محاولة من النموذج الغربي لإحراج الأنساق الثقافية الأخرى، ودفعها للإحساس بالدونية تُجاهه، والإستعداد للتنازل عن خصوصياتها لصالح خصوصيات النموذج الغربي الذي يُرى اليوم يضيق ذرعاً بسائر الأنساق الأخرى، التي تُساعد على احتفاظ الأمم بخصوصيات لا يستطيع نموذجه العلماني التفكيكي تذويبها أو القضاء عليها[1].

أما عن أهمية هاته الدراسة، فإلى جانب الأهمية العلمية، أهمية عملية من كون قضية المرأة قضية حيوية في الواقع الاجتماعي والثقافي والسياسي، وليست مجرد قضية بحث نظري وفكري، فقد أصبح كل ما يرتبط بالمرأة من قيم وتقاليد وأعراف وتشريعات ومؤسسات مجالاً للصراع الحضاري ومحكاً لاختبار عالمية المشروع العلماني، في مُقابل صلاحية المشروع الإسلامي وعالميته .

هذا، وإن تعديل قانون الأسرة 11/84[2] بموجب الأمر 02/05 لدليل كبير على

1 – خديجة كرار الشيخ الطيب بدر ، المرجع السابق ، ص.135؛ و نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص.11.

2 – القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ج.ر رقم 24، ص 910.

أهمية المركز القانوني للمرأة وقضية مساواتها مع الرجل في الحقوق والواجبات. الأمر الذي يقودنا للبحث في هاته الإشكالية المتمحورة حول مبدأ مساواة الجنسين في إنشاء عقد الزواج، ما بين قانون الأسرة باعتباره تشريع داخلي، والإعلانات والمواثيق الدولية.

وبما أن تعديل2005 لقانون الأسرة الجزائري قد أفرز عِدّة تساؤلات، ومُناقشات واعتراضات وانتقادات، وأثار ذلك جدلاً واسعاً على أكثر من صعيد، وخُصوصاً القانوني، والفقهي، والقضائي. و أن هذا الجدل منصب على التساؤلات التالية: هل كفل قانون الأسرة مُساواة المرأة في إبرامها لعقد الزواج؟ أي بمعنى، هل جاءت أحكامه مجسدة لمبدأ المساواة المُقرر دستورياً؛ وهل جاء تعديل قانون الأسرة بوضع أحسن مما كان عليه الوضع قبل التعديل من حيث المُساواة؟ الأمر الذي يبرر ضرورة التفاعل بين النصوص والواقع. ومن جهة أخرى، هل جاءت أحكام قانون الأسرة الجزائري منسجمة مع المواثيق والإعلانات الدولية من حيث المُساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج ؟

وعلى إثر هاته الإشكاليات الرئيسية تتفرع عنها عدة تساؤلات متمثلة في: ما هو مبدأ المساواة؟ وما هو الفرق بين مبدأ المُساواة وكل من: التمييز، والتفرقة، والاستبعاد، والجندر؟ ثم ما هو الإطار المرجعي لقانون الأسرة الجزائري، التشريع أم الشريعة الإسلامية؟ ثم ما هي طبيعة الأسرة الجزائرية في ظل تعدد الأُسر في بعض النظم المقارنة؟ ويُضاف إلى هذا التكييف القانوني الدقيق لعقد الزواج؛ أي بمعنى هل يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؟

كما أن البحث سيقودنا البحث إلى الدراسة حول المؤتمرات والمواثيق الدولية التي تُعنى بشؤون المرأة، طبيعتها، أهدافها، مدى تأثيرها، ومن أهم المؤتمرات الدولية نذكر: مؤتمر مكسيكو سيتي 1975م، مؤتمر كوبنهاجن 1980م، مؤتمرنيروبي1985م، مؤتمر السكان والتنمية بالقاهرة1994م مؤتمر بيكين1995م، مؤتمر بيكين+5 بنييورك2000م. وكما نذكر من بين أهم الاتفاقيات الدولية: اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأةCEDAW1979م، البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة1999م، واتفاقية الرضا

بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج1962م، وإعلان القضاء على التمييز ضد المرأة1967م، إضافة إلى الشرعة الدولية.

و تسعى هذه الدراسة إلى تحقيق جملة من الأهداف نذكر من أهمها:

-توضيح المركز القانوني للمرأة في كل من قانون الأسرة المُستمد من الشريعة الإسلامية، التي تسعى إلى بناء أسرة متكاملة، والمواثيق الدولية ذات الإيديولوجيات الغربية التي تسعى إلى وجود العديد من الأسر المبنية على أسس مادية محضة.

-تبيان أن هُناك أسرة جزائرية مسلمة تقوم على أساس التكامل والترابط بين الرجل والمرأة، لا على أساس التنافس والتفاضل.

و نظراً لِتشعب موضوع الدِراسة، لإنه يدفع بالباحث إلى البحث في التاريخ والشريعة الإسلامية والقانون الدولي ارتأينا أن نستعين في هذه الدراسة بالمنهج التحليلي، يُضاف لبعض المناهج الأخرى كالمنهج الشكلي الحقوقي والمنهج التاريخي.

أما عن خطة البحث فقد قسمنا الدراسة كما يلي:

فصل تمهيدي: ماهية المساواة بين الزوجين

الباب الأول: المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري.

الباب الثاني: المساواة بين الجنسين في المواثيق الدولية وتطبيقاتها على عقد الزواج في الجزائر.

الفصل التمهيدي

ماهية المساواة بين الزوجين

ونتناول في هذا الفصل كل من مفهوم المساواة، حيث يتم تحديد تعريفها بِدقة لُغةً واصطلاحاً. كما يتم تحليل مدلول المساواة في مؤسسة الأسرة وخاصةً بين الجنسين الرجل أو المرأة في كامل مراحل إنشاء عقد الزواج إبتداءاً من المُبادرة بإعلان الزواج. فسيتم الكشف عن التساوي وحرية إعلان الرغبة في الزواج بالطرف الآخر لكل من الجنسين. وليس كما هو عليه الحال أوساط المجتمع الجزائري أن مُبادرة إعلان الرغبة في الزواج تكون من طرف الرجل فقط.

وسيتم الرجوع إلى أوضاع المرأة في الحضارات القديمة لِلْوُقوف حول مركزها القانوني آنذاك داخل مُؤسسة الأُسرة. حيث سيتبين جَلياً تدني مركزها القانوني مُقارنةً بالرجل. فلم تَكن في وَضع مُتكافئ مع الزوج ولم تكن تتمتع بأبسط الحقوق. إلى غاية أن جاءت الشريعة الإسلامية وأعلت من مكانة المرأة في كافة المجالات بما فيه الأُسرة وعقد الزواج. حيث يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾[1].

كما سيتم التَطرق لِلإشارة إلى بعض المصطلحات الدخيلة عن أصالة المجتمع الجزائري المُسلم كمصطلح الجندرة الذي نشأ في الغرب، هذا الأخير الذي يسعى جاهداً إلى مُحاولة فرضه على الأنظمة المُحافظة اِنطلاقاً من المواثيق والمؤتمرات الدولية. فالجندرة تهدف إلى إلغاء كل الفوارق بين الجنسين إبتداء بحذف تاء التأنيث. والحال عندنا كمجتمع أصيل مُحافظ أن المساواة بين الجنسين أو الزوجين تعني التكامل لا التنافس. مِصداقاً لقوله تعالى: ﴿فَلَمَّا وَضَعَتْهَا قَالَتْ رَبِّ إِنِّي وَضَعْتُهَا أُنثَىٰ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا وَضَعَتْ وَلَيْسَ الذَّكَرُ كَالْأُنثَىٰ وَإِنِّي سَمَّيْتُهَا مَرْيَمَ وَإِنِّي أُعِيذُهَا بِكَ وَذُرِّيَّتَهَا مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾[2].

---

[1] – سورة النساء، الآية الأولى.

[2] – سورة آل عمران، الآية 36.

ولِذلك يتم طرح الإشكالية التالية: هل ساوى المُشرع الجزائري بين الجنسين في مرحلة إبرام عقد الزواج؟ ثم ما مصير الجندر داخل قانون الأسرة الجزائري؟

وعليه سنحاول تعريف المساواة بِصفة عامة، والمساواة بين الجنسين في عقد الزواج بصفة خاصة، ونُبين الفرق بينها وبين مصطلح الجندر(المبحث الأول)، ثم نتطرق إلى كيفية ظهور وتطور مبدأ مساواة المرأة أو الزوجة عبر العصور (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم المساواة

حيث نحاول في هذا المقام تعريف المساواة لُغةً واصطلاحاً، ثم إسقاط ذلك على عقد الزواج بين الجنسين(المطلب الأول)، ثم نعمد إلى تمييز المساواة عن الجندر، على اعتباره مفهوم حديث النشأة عن المُجتمع الجزائري والوافد من الغرب(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف المساواة

نعرف المساواة من عدة نواحي، لغةً و اصطلاحاً (الفرع الأول)، ثم المساواة المشمولة بعقد الزواج (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف المساواة لغةً واصطلاحاً

يقصد بالمساواة في اللغة، المُمَاثلة والتكافؤ في القيمة والقدر والمشابهة والتعادل، يقال: ساوى الشيء إذا عادله، وساويت بين الشيئين إذا

عدلت بينهما ويقال هذا لا يساوي هذا أي لا يعادله.[1]

أما اصطلاحاً فيُقصد بالمساواة أن جميع الأفراد متماثلين في المراكز القانونية في

1 - ابن منظور ، لسان العرب، تنسيق علي شيري، الطبعة الأولى، المجلد6، دار إحياء التراث العربي، 1988، ص.444.

اكتساب الحقوق والحريات العامة، والتزامهم بالواجبات على قدم المساواة وبدون تمييز أو تفريق أي كان سببه[1].

وتُعرف أيضا بأنها:" الجميع يتمتع بذات الحقوق ويتحملون ذات الالتزامات إذا ما تساوت إمكاناتهم ومؤهلاتهم"[2]. وتُعرف أيضاً:" غياب كل معاملة تفضيلية بين الأطراف في علاقة قانونية معينة"[3]. وعرفها آخر بأنها:" عدم التمييز والتفاضل بين الأفراد عند معاملتهم والعمل على التسوية بينهم وإتاحة الفرصة لهم دون استثناء"[4].

وإذا كان الاعتقاد السائد أن المساواة هي إحدى أهم الركائز الأساسية لتحقيق العدالة بين أفراد المجتمع والأصل الحقيقي للحريات الفردية، فإنه يمكن القول هنا أن المساواة هي تماثل جميع الأفراد في المراكز القانونية دون تمييز بينهم بسبب الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل، أو أي سبب آخر.

الفرع الثاني

تعريف المساواة في عقد الزواج

عرف المشرع الجزائري الزواج بأنه:" عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[5]، فيتبن أن المشرع ساوى وعادل بين الزوجين في كل ما يتعلق بعقد الزواج، كم أنه منح للزوجين حق الإشتراط في عقد الزواج أو في عقد

---

1 – محمد علي السالم عياد الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص.23.

2 - سهيل حسين الفتلاوي ، حقوق الإنسان في الإسلام، دراسة مقارنة في ضوء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2001، ص.69.

3 – كريم يوسف كشكاش، الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف، مصر، 1987، ص.303.

4 - مساعدي عمار ، مبدأ المساواة وحماية حقوق الإنسان في أحكام القرآن ومواد الإعلان، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص11.

5 – المادة 4 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولاسيما شرط عدم تعدد الزوجات، وعمل المرأة ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام قانون الأسرة.[1]

وهذا حتى يُؤكد المشرع الأُسري توافقه مع المُؤسس الدستوري الذي نص في المادة 29 من الدستور[2]:" كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد أو العِرق أو الجنس أو الرأي أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي". وهذا لِكون الدستور أسمى من التشريع، وبالتالي إذا أخلت نصوص قانون الأسرة بالمساواة بين الجنسين، يُطعن فيها بِعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري.

وبما أن أغلب أحكام قانون الأسرة مستمدة من الشريعة الإسلامية، فإن هاته الأخيرة ساوت بين الرجل والمرأة في شتى الأمور مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُواْ رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاء وَاتَّقُواْ اللّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيباً﴾[3]، وقوله أيضاً: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجاً لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُون﴾[4]، وقوله أيضاً: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [5] ، وغيرها من الآيات[6] التي تبين أن الشريعة الإسلامية قد ساوت بين الرجل والمرأة ذلك أنهما خُلقا من أصل واحد وكل منهما مُيَسر لِما خُلق له.

---

1 – المادة 19 من قانون الأسرة المعدل والمتمم.

2 – دستور 28 نوفمبر 1996 ، ج.ر سنة 1996، عدد 76.

3 – سورة النساء، الآية الأولى.

4 – سورة الروم، الآية 21.

5 – سورة البقرة، الآية 228.

6 – قوله تعالى في سورة النساء:﴿ لَّيْسَ بِأَمَانِيِّكُمْ وَلَا أَمَانِيِّ أَهْلِ الْكِتَابِ مَن يَعْمَلْ سُوءًا يُجْزَ بِهِ وَلَا يَجِدْ لَهُ مِن دُونِ اللَّهِ وَلِيًّا وَلَا نَصِيرًا ﴿١٢٣﴾ وَمَن يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ مِن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَى وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُولَئِكَ يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا ﴿١٢٤﴾. وقوله تعالى في سورة الحجرات: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾.

المطلب الثاني

تمييز المساواة بين الزوجين عن مصطلح الجندر

إن مصطلح الجندر[1]، ليس بالمصطلح الهين ذي الدلالة القطعية، بل هو مصطلح يعبر عن فلسفة ونظام قيمي متكامل، ويقدم صورة حياتية غير نمطية، يقتحم بها الفكر الغربي مجتمعات لها خصوصياتها وذات جذور حضارية وتراث ديني يصعب الغرب فرضه على المجتمعات المُحافظة. لِما لِتَمسك شعوب هاته المجتمعات بخصوصيتها وأيديولوجيتها وموروثها الثقافي الأصيل.

وعليه، سنتناول الجانب التاريخي لظهور مصطلح الجندر (الفرع الأول)، ثم نبين تعريف هذا المصطلح(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الجذور التاريخية للجندر

إن الجذور التاريخية لكلمة جندر لم تتطور أبداً إلا في تسعينيات القرن العشرين، فعلى مر العصور كانت تشير إلى زوال الفرق بين الجنسين، ذكر وأنثى، كل منهما بخصائصه. ومع بداية تدخل النظام العالمي الجديد في مجال الشؤون الاجتماعية بدأت الأمم المتحدة من خلال وكالاتها المتخصصة في تجاوز حدود عملها، من تقديم المساعدات المالية والفنية للدول المحتاجة إلى مجال التشريع وسن القوانين الاجتماعية في شتى المجالات الاجتماعية، من أجل تجسيد نظرية الجندر في نُظمها الداخلية، انطلاقاً من إلزامية المعاهدات الدولية وسموها على التشريعات الداخلية، كما سنرى في الباب الثاني من هاته الدراسة حول اتفاقية إلغاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة.

---

1 – إن مصطلح الجندر مثال جلي للدعوى التي أطلقها (فوكوياما) بأنه "من يمتلك القوة يمتلك اللغة فما دام الغرب هو صاحب القوة إذن فللكلمات أن تغير من دلالتها التاريخية ومعانيها القاموسية وتداعياتها الذهنية لتناسب ما يخدم هذه القوة الجارفة. ومصطلح الجندر هو تعبير عن هذه القوة التي اتخذت من الثقافة والنظم الأخلاقية ساحات للحرب إلى جانب الآلات العسكرية". أنظر أماني أبو الفضل فرج ، تحرير المرأة العربية فلسفة الجندر نموذجاً دراسة في المصطلح والمفهوم، المرأة وتحولات عصر جديد، وقائع ندوة دار الفكر في أسبوعها الثقافي الثالث، دار الفكر، دمشق، 2002، ص. 521.

ولقد ورد مصطلح الجندر في حوالي 50 موضعاً بديلا عن كلمة الجنسين في الميثاق المنبثق عن مؤتمر السكان والتنمية في القاهرة سنة 1994حيث كان استخدامه في إطار المساواة بإلغاء الفروق واللامساواة بين الرجال والنساء. فمصطلح (Gender discrimination) تمت ترجمته إلى أنه إزالة التمييز بين الجنسين، وترجم مصطلح (Gender Egality) على أنها المساواة بين الجنسين[1].

وبعد عام، عقد في بكين المؤتمر المعروف بعام المرأة (1995) والذي كان شعاره كما ورد في وثيقته " إعادة صياغة المجتمع عن طريق رؤية العالم من خلال عيون النساء"، وفي وثيقة هذا المؤتمر وردت كلمة جندر حوالي 233 مرة معبرة عن أكثر من معنى (الجنسين، المرأة...) وهكذا توسع المعنى ليشمل معاني كلها تحتشد تحت مصطلح الجندر وتم تبعاً لذلك ترجمتها في الإصدار العربي للوثيقة إلى مصطلح (الجنسين) مما أفقدها منطقية السياق في كثير من المواضع[2].

ولقد تم تشكيل لجنة خاصة لشرح مصطلح الجندر منبثقة من المؤتمر، وذلك بعد مطالبة بعض الوفود برفع اللبس والغموض الذي يشوب هذا المصطلح، حيث جاء بيانها في السابع من جوان 1995م، بهذا التعريف" علينا فهم مصطلح الجندر المستخدم في وثيقة المرأة بالطريقة العادية نفسها التي استخدم بها في المؤتمرات والندوات التي عقدت في الأمم المتحدة قبلاً، وأنه ليست هناك أي تداعيات جديدة لهذا المصطلح في هذه الوثيقة". فكأنما عرفوا الماء بالماء ذلك أن المعنى المستخدم في المؤتمرات المؤتمرات السابقة على هذا المؤتمر لم يُشرح، فكيف يُقاس على معنى لم يتم شرحه ابتداءاً، ومن ثمة بدأ مفهوم المصطلح يتضح شيئاً فشيئاً ويزول عنه اللبس

---

1 – وهيبة بوداموس، أخلقة الجندر، رسالة المسجد، مارس2011، العدد3، وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، الجزائر، ص. 52.

2 – عبد العظيم المطعني، حقوق المرأة والطفل بين الاسلام والوثائق الدولية نقد لوثيقة بكين، ط1، دار الفاروق، القاهرة، 2005، ص.33؛ ونهى القاطرجي، المرجع السابق، ص.281.

تدريجياً[1]

الفرع الثاني

مفهوم الجندر

لا يوجد لمصطلح الجندر تعريف واضح، شأنه شأن العديد من المفاهيم التي فرضها علينا النظام العالمي الجديد بالقوة، وإنما يُفهم من خلال تطبيقاته، كتيار كهربائي لا يراه ولا يعرف ماهيته أحد إلا من خلال ما ينتج عنه من مصباح يُضيء أو ما شابه.

وعلى الرغم من أن المعنى الطبيعي لكلمة جندر هو الفروق بين الجنسين، ذكر وأنثى، حيث يتفرد كل بخصائصه، إلا أن المعنى الذي فرضه السياق الجديد لفلسفة الجندر هو العكس تماماً، حيث أصبح يعني:" إلغاء كل الفروق بين الرجل والمرأة وعدم الإعتراف بها سواء كانت فروقاً بيولوجية من نتاج الطبيعة، أو كل ما ينتج عن هذه الخصائص العضوية من توزيع لأدوار الحياة"[2] .

ويمكن تأييد الرأي المذكور أعلاه، ذلك أن فلسفة المجتمع الغربي الرامية إلى فرض نظمه الخاصة به على كل المجتمعات الأخرى، وبالأخص العربية والإسلامية، والقائمة على التماثل المطلق بين الجنسين، حيث أنهم نظموا لنماذج جديدة للأسرة كالزواج المثلي، مادام ذلك يطبق تحت مبدأ سلطان الإدارة. ويريدون فرض هاته النماذج على مجتمعاتنا المُحافظة. وهذا الأمر لا يتماشى وحضارتنا الإسلامية المؤسس لها في الدستور ومنظومتنا القانونية. فلا يمكن إبرام عقد زواج بين شخصين من نفس الجنس في قانون الأسرة الجزائري، ذلك أن هذا العقد لا يبرم إلا بين رجل وامرأة وفق ضوابط وشروط قانونية. ويُشير جانب من الفقه[3] إلى أن المدلول المتسامي للمساواة في التكاليف والمسؤوليات، لا في الحقوق وحسب، والمساواة المقصودة في

---

1 – أماني أبو الفضل فرج، المرجع السابق، ص525.

2 - نفس المرجع، ص525.

3 – رجاء ناجي مكاوي، كونية نظام الأسرة في عالم متعدد الخصوصيات، الدروس الحسنية، المغرب، 2003، ص.13.

الشرع هي غير المساواة التي تعج بها الخطابات الإيديولوجية والكتب المهتمة بحقوق المرأة، فالمساواة بحسب الشرع تعني التسوية في الحقوق الأساسية والواجبات والتكاليف الشرعية، وهي تُفيد التوحيد في خطاب الشرع المُوجه إلى الرجل والمرأة على حد سواء، بلا فرق ولا ميز.

ويُضيف ذات الرأي أن الاستدلال على التوحيد في الخطاب والتسوية في الإلتزامات والإمتيازات، بعدم تحديد جنس المُخَاطَب، فعندما يستعمل النص الشرعي عبارات مثل المؤمنون، الناس، الإنسان... فالمعنى التلقائي والحتمي أنه موجه للجنسين معاً، لا فرق ولا تمييز في الأحكام إلا إذا اقتضت ذلك الطبيعة الفزيولوجية أو وضع اجتماعي خاص ودقيق جداً[1] .

وبعد مُعالجة مفهوم المساواة وتمييزه عن مصطلح الجندر، نرجع إلى الحضارات القديمة والشريعة الإسلامية لِمعرفة مساواة المرأة الفعلية في هاته النُظم. الأمر الذي سنعالجه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

ظهور وتطور مبدأ المساواة

لم يُكرس مبدأ المساواة فجأة، إنما دعت إليه المُطالبة والإلحاح، سواء من خلال الرسائل السماوية التي كانت تذكر الناس بكرامتهم الإنسانية، وتساويهم في العبودية لله وحده، أو من خلال نضال وكفاح المستضعفين لتحقيق أوضاع أكثر عدالة وإنسانية، أو من خلال دعوات بعض المفكرين والمصلحين في هذا الاتجاه، هذا إلى جانب ظروف اقتصادية واجتماعية كان لها أثرها في التعجيل بالتغيير، وقد حاولت فئات معينة استغلال المساواة لصالحها الخاص، الأمر الذي أدى إلى اختلاف في فهم المساواة، وهو ما نتناوله في دراستنا الموالية من خلال المساواة في العصور القديمة (المطلب الأول)، ثم المساواة في العصور الوسطى (المطلب الثاني).

1 – رجاء ناجي مكاوي، المرجع السابق، ص.14.

المطلب الأول

المساواة في العصور القديمة

لم تعرف المجتمعات القديمة المساواة بالمعنى الحقيقي لها فقد كانت أغلب تلك المجتمعات تعاني من التفاضل والتمييز بين مختلف طبقات الشعب الواحد.

ونتناول في هذا المقام مسألة المساواة بشكل عام في الحضارات القديمة والوسطى، حتى نبين مدى تجسيد هذا المبدأ في هاته الحضارات من عدمه، ثم التعرض من خلال هذا إلى قضية مساواة المرأة بالرجل في هاته الحضارات. حيث نُعالج ذلك في كل من بلاد الفرس وبلاد مابين النهرين ومصر القديمة(الفرع الأول)، ثم في بلاد الإغريق والرومان(الفرع الثاني)، وبعدها في الصين القديمة والحضارة الهندية(الفرع الثالث)، ثم العصر الجاهلي(الفرع الرابع)، وأخيراً في الإسلام(الفرع الخامس).

الفرع الأول

بلاد الفرس وبلاد مابين النهرين ومصر القديمة

أولاً- بلاد الفرس: كان المجتمع الفارسي - خاصة في زمن الساسانيين- منقسما إلى طبقات أربع :

طبقة الكهنة، طبقة المحاربين، طبقة الكتّاب (موظفي الدواوين)، طبقة الشعب (الفلاحين والصناع). و إذ كان من قواعد السياسة الساسانية المحتمة، ألا يطمع أحد في مرتبة أعلى من المرتبة التي يخولها له مولده، إلا استثناءاً عندما يُظهر أحد العامة موهبة خاصة فيلحقه الملك بإحدى الطبقات حسب نوع تلك الموهبة.[1]أما داخل الأسرة، فكانت السلطة دوماً للرجل، وقد يُمارسها باعتباره أباً أو زوجاً بتعسف وظلم في مواجهة المرأة التي كانت في مركز قانوني سيء ومنزلة منحطة خاصة بعد عصر الملك دارا[2]

1 - حمود حمبلي، المرجع السابق، ص.13.

2 - عمر رضا كحالة، المرأة في القديم والحديث، سلسلة البحوث الاجتماعية، ج8، ط2، مؤسسة الرسالة، بيروت،1982، ص.132.

بخلاف الحال في وقت زرادشت، حيث يذكر بعض الباحثين ما كانت تتمتع به المرأة من حرية التملك والتصرف.[1]

ثانياً– بلاد ما بين النهرين

بلاد ما بين النهرين أو بلاد الرافدين، واقعة بين بادية الشام غرباً وجبال كوريستان شمالاً ومرتفعات إيران شرقا والخليج (العربي أو الفارسي) جنوباً، وهي أرض منخفضة صحراوية يعبُرها نهران؛ نهر الدجلة من الشرق، والفرات من الغرب، وهما متجهان من الشمال إلى الجنوب، ويصبان في شط العرب مدخل الخليج. وقد شهدت هاته المنطقة أقدم الحضارات العالمية ازدهاراً في جميع ميادين الحياة: الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والعلمية والعسكرية والمالية والثقافية. وأُطلق عليها الهلال الخصيب في العصر الإسلامي، وبالجمهورية العراقية في العصر الحديث[2].

وعلى غرار المجتمعات القديمة الأخرى، عرفت بلاد ما بين النهرين خلال كل عصورها انقسام المجتمع إلى طبقات وراثية مقفلة، وقد تكرس هذا الإنقسام بما يرتبه من آثار اجتماعية واقتصادية وقانونية ولا مساواة.

والطبقات المعروفة حسب تشريع حمورابي هي ثلاث طبقات: الأحرار، المساكين، العبيد:1–طبقة أويلم الأسياد أو الأحرار: إن كلمة (أوليم) تعني الرجل الممتاز بمكانته في الأسرة أو السيد الحر، وطبقة الأحرار لا ترتبط بأية تبعية، أفرادها لهم مطلق الحرية يعملون كحكام في مدينة الدولة وقادة الجيش وكهنة وقضاة، لهم امتيازات كثيرة، والقانون يوضع لتحقيق مصالحهم الدائمة ولحماية حقوقهم[3].

2–طبقة (موشكينوم) المساكين أو العامة: ومعنى كلمة موشكينوم هو الشخص الخاضع لغيره بخفض الرأس والتذلل لغيره، وهي كلمة قريبة من الكلمة العربية

---

1 – ول ديورانت، قصة الحضارة، ترجمة زكي نجيب محمود، الجزء الثاني، لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1965، ص441، نقلاً عن: حمود حمبلي، المرجع السابق، ص.13.

2 – أرزقي العربي أبرباش، مختصر تاريخ النظام القانونية والاجتماعية القديمة، الإسلامية، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص.9.

3 – أرزقي العربي أبرباش، المرجع السابق، ص.32.

(المسكين) وتمثل طبقة الموشكينوم جماعة الفقراء والعمال والصناع والمزارعين. لهم حقوق أكثر من طبقة العبيد وأقل من طبقة الأحرار. ولا يسمح القانون ببيع الموشكينوم، حيث تقتصر أملاكهم على المنقولات دون العقارات، ولا يوظفون في الوظائف العامة أوالإدارية أوالمدنية أو القضائية أوالعسكرية.

ونظراً لحاجة أفراد الموشكينوم إلى المال والمعيشة المقبولة الضامنة للحياة، خفف القانون عليهم بعض الواجبات لأنهم لا يستطيعون دفع تكاليف الحياة خاصة في العلاج والمهر والعقوبة[1].

3-طبقة (واردوم) طبقة العبيد أو الرق: وتعني كلمة واردوم الشخص الريفي البدوي الخاضع والتابع لغيره نتيجة الأسر والانهزام في المعركة، مع تسخير العبيد للأعمال الشاقة، فهم عديموا الإرادة والحرية، في نظر القانون، ولا يحق لهم الامتلاك ولا الاتّجار بأسمائهم إذ يعتبرون مثل الأموال تماماً، وأبناء العبيد من الإماء يُنسبون إلى السيد الذي يملك أبائهم[2]. ومصادر الرق أو العبودية في بلاد الرافدين هي: الأسر في الحروب، والولادة من عبد أومن أمة، والشراء، والعجز عن دفع الديون، إذ تكون العبودية مؤقتة في هذه الحالة، والحكم ببعض العقوبات الجنائية[3].

هذا، ولقد كانت الأسرة أساس المجتمع في بلاد ما بين النهرين عبر العصور، والرجل هو السيد وصاحب السلطة الفعلية والعرفية والقانونية، قد تصل سلطته هذه إلى بيع أحد أفراد الأسرة في حالة إعساره أو إفلاسه لمدة مؤقتة لا تتجاوز أربع سنوات، أي إذا عجز عن دفع ديونه والأموال التي استقرضها من الغير.ويعتبر الزواج الطريق الأمثل والوحيد لتكوين الأسرة، حيث الزوجة الواحدة هي الأم كقاعدة عامة، والاستثناء

1 – المادة 215 من قانون حمو رابي تنص:" إذا أجرى طبيب عملية جراحية كبيرة بسكين من البرونز لرجل وأنقذ حياة هذا الرجل، أو فتح له جراحاً وأنقذ عينه فيحصل الطبيب على 10 شيقل من الفضة أجرة" والشيقل (Shapulu) أقدم عملة نقدية في التاريخ، والشيقل الواحد يساوي من الذهب 8.4 غرام تقريباً، أنظر: قاشا (الأب سهيل)، أثر الكتابات البابلية في المدونات التوارثية، ط1، بيسان، بيروت، 1998، ص.51.

2 – أرزقي العربي، المرجع السابق، ص.34.

3 – حمود حمبلي، المرجع السابق، ص.15.

تعدد الزوجات (نظام التسري)[1]، والزواج القانوني في بلاد ما بين النهرين يتم بالكتابة والإشهاد، وعليه يكون قانون حمورابي سبّاقاً عند اشتراطه التدوين لعقد الزواج لحفظ حقوق الأشخاص في الرابطة الزوجية[2].

وكل طرف في عقد الزواج له حقوق وعليه واجبات، فللزوجة الحق في النفقة؛ في الأكل والمشرب والملبس والسكن والرعاية الصحية، وعدم الطلاق في المرض.
وفي المقابل للزوج على زوجته المحافظة على شرفه وإنجاب الأولاد له وطاعته وخدمته وتقديم هدية الشيرقتوم[3]. كما للزوج حق بيع زوجته لمدة أربع سنوات إذا عجز الزوج عن دفع ديونه[4].

وتنتهي العلاقة الزوجية بالوفاة أو الطلاق وغياب أحد الزوجين، أو بالحكم بالعقوبة على أحدهما، كما يظهر جلياً اختلال مركز الزوجة في الميراث، إذ هو محصور في أبناء المتوفى من الذكور في الغالب[5].

فعلى العموم، فإن المركز القانوني للزوج أفضل بكثير من المركز القانوني للزوجة في نطاق الأسرة في بلاد ما بين النهرين[6].

ثالثاً- مصر القديمة

تقع بلاد مصر في الشمال الشرقي من القارة الإفريقية، وهي ملتقى القارات الثلاث إفريقيا، آسيا وأروبا، بحدود ترابية أو بحرية، يخترق البلاد المصرية نهر النيل

1 – ناي بنسادون، حقوق المرأة منذ البداية حتى أيامنا، ترجمة وجيه البعيني، الطبعة الأولى، دار عويدات للنشر والطباعة، بيروت ، 2001، ص.48.

2 – أرزقي العربي، المرجع السابق، ص.42.

3 – الشيرقتوم هي الهدية التي تأتي بها الزوجة من والدها في حالة الزواج الناجح بالإنجاب، فهو عبارة عن مبلغ مالي يهديه أب الزوجة لابنته فهو تسبيق لميراثها منه وقطع لكل علاقة مادية بالعائلة الأصلية للزوجة.

4 – سالم البهنساوي، المرأة بين الإسلام والقوانين العالمية، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2003، ص.20.

5 – حمود حمبلي، المرجع السابق، ص15.

6 – مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط2، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2003، ص.12.

من الجنوب إلى الشمال مقسماً البلاد إلى قسمين اثنين، الصحراء الشرقية بمحاذاة البحر الأحمر، والصحراء الغربية وهي امتداد للصحراء الأفريقية الكبرى غرب نهر النيل. وعلى ضفاف نهر النيل تمركز سكان مصر عبر العصور، فالنيل هو واهب الحياة لمصر، فحسب قول المؤرخ الإغريقي هيرودوت[1]: "فلولا النيل ما كانت مصر".
هذا، وقد اختلف الباحثون في أصل الأسرة الفرعونية، فقائل يلحقها بالأم، وقائل يلحقها بالأب، والثالث رأى أن الأسرة الفرعونية راجعة إلى الأب والأم معاً.

وقد استدل الباحثون على ذلك نتيجة تحليل الصور وتماثيل الأشخاص، بحيث إذا ظهر الرجل أكثر حجماً من صورة المرأة فمعنى ذلك أن الرجل هو السيّد في الأسرة، وإذا كانت صورة الرجل مساوية لصورة المرأة فمعنى ذلك أن هناك مساواة بين الزوجين في الأسرة، وإذا كانت صورة المرأة أكبر حجماً من صورة الرجل معناه أنها هي صاحبة السيادة والرجل تابعاً لها[2]. ولقد عرف المصريون القدامى نظام تعدد الزوجات، كما عرفوا التسري والأغرب في نظام الزواج عندهم هو وقوعه بين المحارم كالأخ الذي يتزوج بأخته، وذلك خشية أن تنتقل أملاك الأسرة إلى الأجانب[3].

ويشترط لصحة الزواج[4]، أن يتوافر على كل من الرضى والصداق والشهود والتسجيل.

الرضى: يتم الزواج بتقديم البنت طواعية بدون إجبارها، فهي تقبل بزوجها عن إرادتها الحرة، فرضى الرجل والمرأة هو المعتبر في الزواج قبل كل شيء.

الصداق: يقدم الرجل قطعة فضية واحدة للمرأة كمهر لها، وعليه فالصداق محدد القيمة.

1 – هيرودوت مؤرخ إغريقي من القرن الخامس قبل الميلاد، اعتبر أبو المؤرخين في العصور القديمة (عاش من 484 قبل الميلاد حتى 425 قبل الميلاد)؛ أرزقي العربي أبرباش، المرجع السابق، ص.57.

2 – أرزقي العربي أبرباش، المرجع السابق، ص.90.

3 – تيسير فتوح حجة، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، ط1، مركز إعلام حقوق الإنسان والديمقراطية شمس، رام الله فلسطين، 2009، ص.13.

4 – أرزقي العربي أبرباش، المرجع السابق، ص.91.

الشهود: عند إقامة مراسيم الزواج في دور العبادة يشترط حضور الشهود لمباركة عقد الزواج، وذلك بحضور رجال الدين الكهنة وأقارب الزوجين وأصدقائهما وجيرانهما.

التسجيل: حيث يشترط تسجيل عقد الزواج حتى تفرغ إرادة الزوجين في قالب رسمي، أين تحدد الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج.

أما فيما يخص الطلاق، ففي الغالب تكون العصمة بيد الزوج إلا إذا اتفق على أن عصمة الزوج تكون بيد الزوجة فيتقيد بذلك إجبارياً، والطلاق بالإرادة المنفردة من قبل موقعه (الزوج أو الزوجة) دون رضى الطرف الآخر يتعرض صاحبه إلى جزاء مالي يتمثل في خمسة (05) أضعاف فأكثر من قيمة الصداق، أي القطعة الفضية الواحدة ومضافاً إليه النصيب من الأموال المشتركة[1].

كما تطلّق الزوجة العاقر بدون جزاء مادي ولا تعويض، وكذلك إذا ارتكبت فاحشة الزنا بفسخ عقد الزواج تلقائياً، ويجزع أنفها حتى تبقى عبرة، أما الزوج الزاني فيجلد بألف (1000) جلدة إذا ثبت فعل الزنا في الحالتين بالشهود أو بالإقرار[2].

ويضاف إلى كل هذا، أنه وعلى الغالب فقد انفردت الحضارة المصرية القديمة بإكرام المرأة وتخويلها حقوقاً شرعية قريبة من حقوق الرجل، فكان لها أن تملك وأن تتزوج بمحض إرادتها وأن تدرج في عقد الزواج شروطها، وأن ترث، وأن تتولى أمر أسرتها في غياب من يعولها.

ودامت للمرأة المصرية هاته الحقوق على أيام الدول المستقرة بشرائعها وتقاليدها تضطرب مع اضطراب الدولة وتعود مع عودة الطمأنينة إليها[3].

الفرع الثاني

بلاد الإغريق (اليونان القديم) وبلاد الرومان

أولاً- بلاد الإغريق (اليونان القديم)

1 – أرزقي العربي أبرباش، المرجع السابق، ص.92.

2 – المرجع نفسه.

3 –عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، ط6، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص.48.

تقع بلاد الإغريق في الجزء الجنوبي من شبه جزيرة البلقان، نفس حدود الدولة اليونانية الحديثة تقريباً، فيحدها شرقا البحر الأسود، وغرباً بلاد أيبيريا (إسبانيا حديثاً)، ومن الجنوب بلاد مصر، فهي بلاد ذات سهول ضيقة ومنعزلة وجبال عالية وجزر وأشباه الجزروخلجان. وعليه فبلاد الإغريق ليست بلاد صحراوية ولا نهرية، إنما هي بلاد بحرية تطل على البحر الأبيض المتوسط وبحر إيجه، بين الإغريق وبلاد آسيا الصغرى (تركيا حالياً)[1].

هذا، ولقد سادت الطبقية في المجتمع الإغريقي وغابت المساواة، ويتبين ذلك في التمييز الواقع بين السكان في حقوقهم ومراكزهم حسب طبقاتهم[2]، وأهمها:

أ-العبيد: وهم أقل الطبقات مرتبة وحقوقاً

ب-الأجانب المقيمون: وكانوا يتوافدون على المدن اليونانية لمزاولة التجارة وبعض الحرف اليدوية وكانوا يتمتعون بالحقوق المدنية.

ولقد حرمت كل من هاتين الطبقتين من صفة المواطنة، وبالتالي من سائر الحقوق السياسية وتولي الوظائف العامة.

ج-المواطنون الأحرار: ويكسبون هذا الامتياز بالمولد ولهم كامل التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.

أما عن المرأة اليونانية قديماً، فلقد كانت مسلوبة الحرية والإرادة في كل ما يرجع إلى الحقوق الشرعية وفق نظام الإغريق وتشريعاتهم. وكانت تحل في المنازل الكبيرة محلاُ منفصلا عن الطريق قليل النوافذ محروس الأبواب، لا يُسمح لها بمغادرة البيت بل تقوم فيه بكل الأعمال التي يحتاجها من غسيل وطبخ وتربية الأولاد وكنس ومسح بانتظار وصول الزوج صاحب الإرادة والقوة المسيطر عليها[3].

1 - أرزقي العربي أبرباش، المرجع السابق، ص. 96.

2 - حمود حمبلي، المرجع السابق، ص.22.

3 - باسمه كيال، تطور المرأة عبر التاريخ، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، 1981،ص.32.

ولقد حرم القانون اليوناني المرأة حقها في الإرث، ولا يجوز لها أن تحصل على الطلاق بل تظل خادمة مطيعة لسيدها ورب بيتها، وذلك أن حقها لا يعتد به، وفي ذلك يقول أرسطو:"إن الطبيعة لم تزود المرأة بأي استعداد عقلي يعتد به"[1].

ولكن في اسبرطة منحت المرأة بعض الحقوق المدنية المتعلقة بالبائنة والإرث، وأهمية التصرف ولم تكن هذه الميزة للمرأة الاسبرطية وليدة تشاريع أو نصوص قانونية، وإنما كانت بسبب وضع المدنية الحربي، حيث شغف الرجال بخوض المعارك مما أفسح المجال أمام المرأة لتخرج من عزلتها في بيتها إلى المجتمع المدني، وهذه الحرية الجزئية التي تمتعت بها المرأة الاسبرطية جعلت أرسطو يحمل على رجال اسبرطة ويتهمهم بالتساهل مع نساء مدينتهم إذ يمنحونهم بعض الحقوق ويرد سقوط اسبرطة واضمحلالها إلى هذه الحرية وهذا الإسراف في الحقوق.

ولما كسبت المرأة الاسبرطية بعض هاته الحقوق، راحت ترتاد الأندية وتختلط بالرجال مما أدى إلى إشاعة الفاحشة والزنا، واعتُبرت دور البغايا مراكزاً للسياسة والأدب واتُخذت التماثيل للنساء العاريات باسم الأدب والفن[2].

ورغم تقدم الحضارة الإغريقية ونبوغ الفلاسفة والعلماء، المرأة الإغريقية لم تحصل على كامل حقوقها، التشريعية والقانونية، نظراً لانشغال القادة والمفكرين والفلاسفة بالمُجون والترف، مما أدى إلى انتشار الفسق والفُجور في المجتمعات اليونانية، الأمر الذي أدى بفرض الحجاب على النساء والحرائر، ورُفع عن الإماء والبغايا[3].

كما جرّد القانون اليوناني المرأة من حقوقها المدنية ووضعها تحت السيطرة المطلقة للرجل في مختلف مراحل حياتها بل يعتبرها من ممتلكات ولي أمرها قبل زواجها ومن ممتلكات الزوج بعد الزواج. وإذا لم تنجب الأسرة ذكوراً يُستعاض على ذلك بالتبني خشية أن تتسلم المرأة زمام قيادة الأسرة وإن تعذر التبني تُلحق الفتيات في

1 – تيسير فتوح حجة، المرجع السابق، ص.16.

2 – مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.11.

3 – باسمه كيال، المرجع السابق، ص34،35.

الأسرة إلى أقرب ذكر للأسرة وتخضع تحت سيطرته[1].

والمُلاحظ أن الحضارة الإغريقية لم تُنصِف المرأة، وليس أدل على ذلك مما ذهب إليه الفيلسوف سقراط حيث قال:" إن وجود المرأة هنا هو أكبر منشأ ومصدر للأزمة والانهيار في العالم، إن المرأة تشبه شجرة مسمومة حيث يكون ظاهرها جميل ولكن عندما تأكل منها العصافير تموت حالا"[2].

ثانياً– بلاد الرومان

مدينة روما مُقامة على الضفة الشرقية من نهر التيبر بالوسط الغربي من شبه جزيرة إيطاليا، إذْ هي من المدن العامرة منذ آلاف السنين رغم التدمير المتكرر والإحراق والغزو؛ حيث غزاها الغال عام 390 قبل الميلاد، وأحرقها نيرون عام 60 قبل الميلاد، ثم فتحها المسلمون عام 847 ميلادية، واحتلها الرومان عام 1084 ميلادية، وجنود شارل الخامس عام 1527 ميلادية[3].

ولقد أقام الرومان نظامهم الاجتماعي على التمييز بشتى مظاهره، بين طبقات المجتمع المتكون من المواطنين، والعامة والعبيد.

أ–المواطنون:هم الجماعة السياسية والدينية والقبلية والعسكرية في المجتمع الروماني، فهم أصحاب الحقوق، لذلك وضع لهم القانون الروماني القوة لاستعمالها لأخذ تِلك الحقوق.

ب–العامة: هي الطبقة الشعبية من سكان روما أصلاً، وهي أقل قيمة اجتماعية وقانونية ومالية. تعيش غالباً على هامش الحياة فلا يتمتعون بالحقوق السياسية ولا الدينية فلا يحق لهم الزواج من المواطنين، ولا يملكون الأراضي الزراعية، ويمكن أن يُستعبدوا إذا لم يُوفوا بدفع الديون التي في ذمتهم.

1 - تيسير فتوح حجة، المرجع السابق، ص.17.

2 – باسمه كيال، المرجع السابق، ص.37.

3 – أرزقي العربي أبرباش، المرجع السابق، ص.124.

ج–العبيد: وهم الأرقّاء والأجانب، حيث ظهرت عدة أنواع من الرق؛ عبيد المزرعة وعبيد المنازل، وعبيد الثقافة والمسارح، وعبيد المبارزات الرياضية وغيرها. ثار العبيد في بعض الأوقات ضد السلطات الرومانية الجائرة، لكن هذه الثورات فشلت بسبب تحالف المواطنون مع العامة للقضاء على ثورة العبيد.

أمّا عن المرأة الرومانية فقد حصلت على بعض الحقوق مقارنة بالمرأة الإغريقية، لكنها بقيت في مركز قانوني أدنى من الرجل، حيث تخضع المرأة لسلطة رب العائلة إذا كانت عزباء ولسلطة زوجها إذا كانت متزوجة[1].

وكان لرب الأسرة أن يدخل في أسرته من الأجانب من يشاء، ويخرج منها من أبنائه من يشاء عن طريق البيع أو النفي أو التعذيب أو القتل، بل وكانت هاته السلطة تمتد حتى وفاته مهما بلغ سن الأبناء والبنات؛ فكانت سلطته سلطة ملك لا حماية، كما كان رب الأسرة يزوج الأبناء والبنات دون إرادتهم.

أما عن الأهلية المالية فلم يكن للمرأة حق التملك، وإذا ما كسبت مالاً أُضيف إلى أموال رب الأسرة، وعندما تتزوج المرأة يحتفظ وليها بثلث أموالها كملك له ويعطيها الثلثين[2].

والزواج في التشريع الروماني نوعان، زواج مع السيادة، وزواج من غير سيادة. أما الأول فهو انفصال الزوجة على أهلها تماماً وانتقالها من سلطة الأب إلى سلطة الزوج. في حين أن الزواج من غير سيادة فيعني أن الزوجة تشارك الزوج في الحياة الزوجية ولكن لها الحق في أن تبقى مع أسرتها، ويجب عليها الطاعة لزوجها واحترام رغباته. وفي حالة وفاة الزوج ترثه الزوجة إذا لم يَكُن للمتوفى أقارب ينتمون إلى ذات عائلة الأب[3].

---

1 – ناي بنسادون، المرجع السابق، ص.60.

2 – مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.12.

3 – عبد الفتاح تقية، دروس في تاريخ النظم القانونية، ط2، منشورات تالة، الجزائر، 2006، ص50،48.

وعلى الرغم من تطور وتقدم البلدان الرومانية، فقد بقيت المرأة الرومانية ينظر إليها بصورة عامة كما يُنظر إلى الرقيق والجواري والقيّان. ولقد علّل الفقهاء الرومان فرض الحجر على المرأة بقولهم:" لطيش عُقولهن" إذ يقول الفيلسوف أوليبان قولته المشهورة حول المرأة:" غباء الجنس"[1].

الفرع الثالث

الإمبراطورية الصينية القديمة والحضارة الهندية

أولاً- الإمبراطورية الصينية القديمة

قديماً، كان يُتَحكم بالفكر الصيني فيلسوفان عظيمان هما:" كونفوشيوش" (551-497 قبل الميلاد) و"لاوتسو" (القرن السابع قبل الميلاد) [2]. أما كونفوشيوش فكان يسعى إلى الإرتقاء بمناقبية الإنسان، وكان يُعلم الناس درس الطاعة ويؤكد على حفظ الوضع الموجود في ذلك العهد[3].

ولقد أُطلق على فكر لاوتسو تسمية الطاوية taoisme ومن تعاليمها التمييز بين المبدأ الذكري "ين" yin والمبدأ الأنثوي " يانغ" yang، اللذين تتوزع بينهما كافة أشياء الوجود. أما التنظيم الذي يتم لهما فهو الذي يفسر التناغم الكوني. واتحاد"الين" و "اليانغ" يشكل "التاو" tao أي الدفق الكوني الذي يتمثله المرء بواسطة النشوة. هاته المبادئ الفلسفية أدت، طيلة قرون عدة إلى تنظيم الحياة في الصين وفق مبدأ التمييز بين الجنسين في إطار من التقاليد الثابتة والمرسّخة التي كانت تحرص على إبقاء المرأة غافلة عن معرفة حقوقها[4].

فقد ظَلمت حضارة الصين المرأة؛ أين كان الزوج له الحق في سلب كل حقوق زوجته وبيعها كجارية، وحرّمت على الأرملة الزواج بعد وفاة زوجها، وكان الصينيون يطلقون على المرأة بعد الزواج "فو" أي خضوع. فالبنت واجب عليها طاعة أبيها، فإذا

1 – باسمه كيال، المرجع السابق، ص.39.

2 – ناي بنسادون، المرجع السابق، ص.54.

3 – باسمه كيال، المرجع السابق، ص.42.

4 – ناي بنسادون، المرجع السابق، ص.54.

تزوجت فالطاعة لزوجها، وإذا ترمّلت أطاعت ابنها الأكبر طاعة عمياء، وكانت المرأة ممنوعة من الإرث مهما كانت الأسباب، حيث كان الإرث يذهب كاملاً لصالح الذكور[1].

ولقد قيل في شأن النساء في هاته الحضارة :" النساء آخر مكان في الجنس البشري ويجب أن يكون من نصيبهن أحقر الأعمال"[2].

ثانياً- الحضارة الهندية

لم تعرف المرأة الهندية الإستقلال أو الحرية لا في بيت أهلها ولا في منزل زوجها. ذلك أن علماء الهند الأقدمون يرون أن الإنسان لا يستطيع تحصيل العلوم والمعارف ما لم يتخلّ عن جميع الروابط العائلية"[3].

فشريعة "مانو" في الهند لم تكن تعرف للمرأة حقاً مستقلاً عن حق أبيها أو زوجها أو ولدها في حالة وفاة الأب والزوج، فإذا انقطع هؤلاء جميعاً وَجَبَ أن تنتمي إلى رجل من أقارب زوجها في النسب ولم تستقل بأمر نفسها في حالة من الأحوال. وأشد من نكران حقها في معاملات المعيشة نكران حقها في الحياة المستقلة عن حياة زوجها، فإنها مقضي عليها بأن تموت يوم موت زوجها، وأن تُحرق معه على موقد واحد. وقد دامت هذه العادة حتى القرن السابع عشر حيث أبطلت على كره من رجال الدين الهنود[4]. وكانت المرأة تقدم قرباناً للآلهة لترضى، أو تستأمر بالمطر أو الرزق. كما جاء في شرائع الهندوس:" ليس الصبر المقدر، والريح والموت والجحيم والسم والأفاعي والنار أسوأ من المرأة"[5].

1- تيسير فتوح حجة، المرجع السابق، ص61،62.

2 - ول ديورانت، حضارة الصين، ترجمة محمد بدران، ص273؛ أخذاً عن، سالم البهنساوي، المرجع السابق، ص11.

3 - باسمه كيال، المرجع السابق، ص42.

4 - عباس محمودالعقاد، المرجع السابق، ص46؛ ومصطفى السباعي، المرجع لسابق، ص15.

5 - عباس محمودالعقاد ، المرجع السابق، ص15.

الفرع الرابع

العصر الجاهلي (قبل الإسلام)

كانت المرأة العربية قبل الإسلام –في شبه الجزيرة العربية– مُهدرة الحقوق، ولكن لم يصل ذلك الوضع الذي كانت عليه المراة في غير بلاد العرب، لان التقاليد العربية ومنهاالمروءة والشهامة كانت تحتم حماية المرأة والدفاع عنها والثأر لامتهان كرامتها[1].

وابرز ماهُضمت فيه المرأة العربية نجد:

1–كانت لاترث، لانها لاتحارب ولاتدافع عن القبيلة بل وجُعلت هي ذاتها ميراثا لذوي زوجها فإذا مات الرجل وترك زوجة او جارية، أُلقى عليها قريبه ثوبه ومنعها من الناس، فيتزوجها إذا كانت جميلة ويحبسـها إذا كانت غير جميـلة حتى تموت ويرثها[2].

2–لاتملك الزوجة حق الانفصال عن زوجها، بل لزوجها عليها كل الحقوق.

3–كان الرجل يتزوج بغير حدود، ويعدد الزوجات حسبما شاء، وذلك حتى يبلغ النسل مداه، ذلك أن كل من زاد نسله وكثر عدد الأولاد تمتع بالقوة واحتل مكانا مرموقاً بين قبيلته أو عشيرته.

4–كما عرفت المراة في الجاهلية أنواعاً متعددة من الزواج نذكر أهمها:

أ–زواج المشاركة(الاستلحاق): وهو صورة من نظام تعدد الأزواج، حيث تتزوج المرأة بعدد من الرجال شريطة إلا يزيد على عشرة رجال، وإلا اعتبرت من البغايا. فيدخل الرهط دون العشرة على المراة فيصيبونها فإذا حملت ووضعت ترسل إليهم فلا يستطيع أحدهم إن يمتنع عن الحضور، فإذا اجتمعوا عندها تقول لهم: " قد عرفتم الذي كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان".

ب–نكـاح الاستبضـــاع: كـان يقول الرجـل لزوجته إذا طـهرت: "أرسـلي إلى فـلان

---

1 – مصطفى السباعي، المرجع لسابق، ص.18.

2 – مولاي ملياني، حقوق المراة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة،الجزائر، 1997، ص.62؛ أمال أيزين، المراة التركية الوارثة للتقاليد الوطنية الإسلامية، محاضرات ومناقشات الملتقى الحادي عشر للفكرالإسلامي، المجلد الثالث، 06–1977/02/15، ورجلان، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 1984,ص.222.

فاستبضعي منه". ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذي تستبضع منه. وكان الطفل المولود يعتبر ولداً للزوج الشرعي، لاللرجل الذي جاء من صلبه.

ج-نكاح المُقت: والمقت لغة البغض والكراهة، واصطلاحاً أن يتزوج الولد امرأة أبيه، فإذا مات الرجل قام اكبر أولاده فألقى ثوبه على امرأة أبيه فورث نكاحها، فإن لم يكن له فيها حاجة يزوجها بعض إخوته بمهرجديد، فكانوا يتوارثون النكاح كما يرثون المال.

د-نكاح البدل: وهو إن يقول الرجل للرجل تنزل لي عن امرأتك وانزل لك عن امرأتي وأزيدك[1].

د- وأد البنات: فكان يتم قتل البنات بعداوة بعد الولادة اعتقاداً منهم بأن إنجاب البنات يجلب العار للآباء، وكان الوأد يتم في صور قاسية، إذ كانت البنت تدفن حية،وهذا سلوك جاهلي خاطئ، وفي هذا قال تعالى: ﴿ وَإِذا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالأُنثى ظَلَّ وَجهُهُ مُسوَدًّا وَهُوَ كَظيمٌ يَتَوارى مِنَ القَومِ مِن سوءِ ما بُشِّرَ بِهِ أَيُمسِكُهُ عَلى هونٍ أَم يَدُسُّهُ فِي التُّرابِ أَلا ساءَ ما يَحكُمونَ ﴾[2]. ويُشير أحد الفق إلى إن هاته العادة لم تكن فاشية في كل العرب، انما كانت في بعض قبائلهم ولم تكن قريش منها[3].

وإثر ما سبق، يتبين لنا أن مبدأ مساواة المراة بالرجل في العصر الجاهلي كان مفقوداً فالرجل يتزوج من النساء ما شاء، ويُطلق متى يشاء، والمرأة لاترث بل هي نفسها تورث. غير إن حال المراة في هذا العصر كان أحسن من مثيلاتها في العصور السابقة.

وبقي حال المراة في العصر الجاهلي منقوص الحقوق والكرامة، إلى إن جاء الإسلام ليعلي من مكانة المرأة ويساويها بمكانة الرجل مصداقا لقوله تعالى: ﴿فَاسْتَجَابَ لَهُمْ رَبُّهُمْ أَنِّي لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ مِّنكُم مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ فَالَّذِينَ

---

1 - عمر رضا كحالة، المراة في عالمي العرب والإسلام، المرجع السابق، ص.12.

2 - سورة النحل، الاية 58،59.

3 - مصطفى السباعي، المرجع لسابق، ص.18.

هَاجَرُوا وَأُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَأُوذُوا فِي سَبِيلِي وَقَاتَلُوا وَقُتِلُوا لَأُكَفِّرَنَّ عَنْهُمْ سَيِّئَاتِهِمْ وَلَأُدْخِلَنَّهُمْ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِن تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ ثَوَابًا مِّنْ عِندِ اللَّهِ وَاللَّهُ عِندَهُ حُسْنُ الثَّوَابِ ﴾[1]. وقوله تعالى: ﴿إِنَّ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمَاتِ وَالْمُؤْمِنِينَ وَالْمُؤْمِنَاتِ وَالْقَانِتِينَ وَالْقَانِتَاتِ وَالصَّادِقِينَ وَالصَّادِقَاتِ وَالصَّابِرِينَ وَالصَّابِرَاتِ وَالْخَاشِعِينَ وَالْخَاشِعَاتِ وَالْمُتَصَدِّقِينَ وَالْمُتَصَدِّقَاتِ وَالصَّائِمِينَ وَالصَّائِمَاتِ وَالْحَافِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَالْحَافِظَاتِ وَالذَّاكِرِينَ اللَّهَ كَثِيرًا وَالذَّاكِرَاتِ أَعَدَّ اللَّهُ لَهُم مَّغْفِرَةً وَأَجْرًا عَظِيمًا ﴾[2].

الفرع الخامس

المرأة في الإسلام

في أواخر القرن السادس ميلادي (1سبتمبر570م), ووسط هذا الظلام المخيم من قضية المرأة في جميع أنحاء العالم المُتمدن وغير المتحضر يومئذ انطلق من جزيرة العرب صوت الحق على لسان الرسول محمد صلى الله عليه وسلم، يضع ميزان الحق لكرامة المرأة ويعطيها حقوقها كاملة غير منقوصة، ويرفع عن كاهلها وزر الاهانات التي لحقت بها عبر التاريخ، والتي صنعتها أهواء الأم، يُعلن إنسانيتها الكاملة، وأهليتها الحقوقية التامة ويصونها من عبث الشهوات وفتنة الاستمتاع بها استمتاعا جنسيا حيوانيا، ويجعلها عنصرا فعالاً في نهوض المجتمعات وتماسكها وسلامتها[3].

وتتخلص المبادئ الإصلاحية التي أعلنها الإسلام على لسان الرسول محمد صلى الله عليه وسلم فيما يتعلق بالمرأة فيما يلي:

1- إن المراة كالرجل في الإنسانية سواء بسواء، لقوله تعالى: ﴿يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ﴾[4]. ويقول الرسول عليه الصلاة والسلام:" إنما النساء

---

1 – سورة آل عمران، الاية195.

2 – سورة الأحزاب الآية 35.

3 – مصطفى السباغي، المرجع السابق، ص19؛ و عمر التومي الشيباني، تربية المرأة اليوم على ضوء الإسلام، محاضرات ومناقشات محاضرات ومناقشات الملتقى الحادي عشر للفكرالإسلامي،المرجع السابق، ص.259.

4 – سورة النساء، الآية الاولى.

شقائق الرجال"[1]. وقوله تعالى: ﴿ وَلَقَد كَرَّمنا بَني آدَمَ وَحَمَلناهُم فِي البَرِّ وَالبَحرِ وَرَزَقناهُم مِنَ الطَّيِّباتِ وَفَضَّلناهُم عَلى كَثيرٍ مِمَّن خَلَقنا تَفضيلًا﴾[2]. فالله تعالى كرم بني ادم على العموم ، ولم يخص بذلك الرجال دون النساء، ولا جماعة دون أخرى، ومن ثم فكرامة أية أنثى لاتقل عن كرامة أي ذكر[3].

2- الإسلام أبرأ المرأة من مسؤولية غواية آدم: فدفع عنها اللعنة التي كان يُلصقها بها رجال الديانات السابقة، فلم يجعل عقوبة آدم بالخروج من الجنة ناشئاً منهاوحدها، بل منهما معاً.حيث يقول تعالى في قصة ادم: ﴿ فَأَزَلَّهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُمْ لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلى حِينٍ ﴾[4]. ويقول عن ادم وحواء: ﴿فَوَسوَسَ لَهُمَا الشَّيطانُ لِيُبدِيَ لَهُما ما وورِيَ عَنهُما مِن سَوآتِهِما وَقالَ ما نَهاكُما رَبُّكُما عَن هذِهِ الشَّجَرَةِ إِلّا أَن تَكونا مَلَكَينِ أَو تَكونا مِنَ الخالِدينَ ﴾[5]. ويقول عن توبتهما: ﴿ قالا رَبَّنا ظَلَمنا أَنفُسَنا وَإِن لَم تَغفِر لَنا وَتَرحَمنا لَنَكونَنَّ مِنَ الخاسِرينَ ﴾[6].

بل إن القران في بعض آياته قد نسب الذنب إلى آدم وحده فقال: ﴿ فَأَكَلا مِنها فَبَدَت لَهُما سَوآتُهُما وَطَفِقا يَخصِفانِ عَلَيهِما مِن وَرَقِ الجَنَّةِ وَعَصى آدَمُ رَبَّهُ فَغَوى ﴾[7].

3- حارب التشاؤم بها والحزن لولادتها : كما كان شأن العرب و لا يزال شأن كثير من الأمم و منهم بعض الغربيين[8]. حيث قال تعالى مُنكراً هذه العادة السيئة: ﴿ وَإِذا بُشِّرَ

---

1 - رواه احمد وابو داوود والترمذي وغيرهم.

2 - سورة الاسراء، الاية70.

3 - فريدة بناني وزينب معادي، دليل تكريم النساء في النصوص المقدسة، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي مشروع إدارة الحكم في الدول العربية، سنة2002، ص.10.

4 - سورة البقرة، الاية36.

5 - سورة الأعراف، الاية20.

6 - سورة الأعراف، الاية23.

7 - سورة طه، الاية121.

8 - مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، ص.20.

أَحَدُهُم بِالأُنثى ظَلَّ وَجهُهُ مُسوَدًّا وَهُوَ كَظيمٌ ﴾ يَتَوارى مِنَ القَومِ مِن سوءِ ما بُشِّرَ بِهِ أَيُمسِكُهُ عَلى هونٍ أَم يَدُسُّهُ فِي التُّرابِ أَلا ساءَ ما يَحكُمونَ ﴾[1].

كما حرم الإسلام وأد البنات وشنع على ذلك اشد تشنيع[2]، فقال تعالى﴿ وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنبٍ قُتِلَتْ﴾[3]. و عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول اللهً صلى الله عليه وسلم : «من كانت له أنثى فلم يئدها ولم يُهنها و لم يؤثر عليها ولده ادخله الله الجنة»[4]. وعن عائشة رضي الله عنها عن النبيً صلى الله عليه وسلم قال: « ليس أحد من أمتي يعول ثلاث بنات أخوات فيحسن إليهن إلا كن له سترا من النار »[5].

4- الحفاظ على سمعة المرأة : قال تعالى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِن بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[6].

5-مكنها من حق الإرث أما كانت أو زوجة أو بنتاً، كبيرة كانت أو صغيرة أو حملا في بطن أمها بعد إن كانت هي ميراثاً في بعض الحضارات السابقة[7].

6-مساواة المرأة في إنشاء وإنهاء الرابطة الزوجية

أ- حق المرأة في اختيار الزوج أو عرض نفسها عليه[8] : من شروط عقد الزواج أن تكون المرأة حرة، وأن توافق بكامل إرادتها دون إكراه . إذ يقول تعالى : ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ

1 - سورة النحل، الاية58.

2 - مولاي ملياني بغدادي، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص.88.

3 - سورة التكوير، الآية 09.

4 - رواه أبو داوود.

5 -شعب الإيمان للبيهقي.

6 - سورة النور، الآيتان 4،5.

7 - محمد الصادق بسيس، ما أعطاه الإسلام للمرأة كاف وكفيل بان يجنبنا التجارب والنكسات . محاضرات ومناقشات الملتقى الحادي عشر للفكر الإسلامي، المرجع السابق، ص.222.

8 - محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1999، ص.50.

النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[1]. وعن عائشة رضي الله عنها قالت : « جاءت الخنساء بنت خدام فقالت يا رسول الله: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته، فجعل الأمر إليها. قالت: فاني قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء»[2].

ب- نظم الإسلام تعدد الزوجات، حيث كان التعدد في الحضارات السابقة بلا قيد و لا ضابط. فوضع الإسلام قيوداً وحدوداً لا يجوز إطلاقا تجاوزها. قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴿3﴾﴾[3]. فقد أمر الإسلام باختيار أربع زوجات وتطليق ما زاد على ذلك.

ج- نظم الإسلام قضية الطلاق بما يمنع من تعسف الزوج فيه واستبداده في أمره فجعل له حداً لا يتجاوزه و هو الثلاث، وقد كان عند العرب ليس له حد يقف عنده، كما جُعل لإيقاع الطلاق وقتاً، و لأثره عدة تيتح للزوجين العودة إلى الصفاء و الوئام[4]. قال تعالى: ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾[5]

و- أعطى الإسلام للمرأة حق الخلع، وحق طلب التطليق إذا توفرت أسبابه. قال تعالى: فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿229﴾[6]. وعن ابن عباس

---

1 – سورة البقرة،الآية 232.

2 – رواه احمد.

3 – سورة النساء، الآية 03.

4 – عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعة 2007/2006،ص.25.

5 – سورة البقرة, الآية 227.

6 – سورة البقرة،الآية 227 .

رضي الله عنهما قال: «جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبيً صلى الله عليه وسلم فقالت :يا رسول الله ما انقم على ثابت في دين ولا خلق إلا إني أخاف الكفر، فقال رسول اللهً صلى الله عليه وسلم: أفتردين عليه حديقته؟ فقالت نعم، فردت عليه وأمره ففارقها»[1].

7- جعلها قبل البلوغ تحت وصاية أوليائها، و جعل ولايتهم عليها ولاية رعاية و تأديب و عناية بشؤونها وتنمية لأموالها، لا ولاية تملك واستبداد. و جعلها بعد البلوغ كاملة الأهلية للالتزامات المالية كالرجال سواء بسواء. و من تتبع أحكام الفقه الإسلامي لم يجد فرقا بين أهلية الرجل والمرأة في شتى أنواع التصرفات المالية كالبيع والرهن و الوكالة والكفالة و الصلح والشركة و الوديعة وغيرها[2].

ويتجلى لنا إثر هذا، أن الإسلام أَحل المرأة المكانة اللائقة بها في ثلاثة مجالات رئيسية:

1)- المجال الإنساني: فاعترف بإنسانيتها كاملة كالرجل، و هو ما كان محل شك أو إنكارا عند أكثر الأمم المتحضرة سابقاً.

2)- المجال الاجتماعي: أسبغ عليها مكاناً اجتماعياً كريماً في مختلف مراحل حياتها منذ طفولتها حتى نهاية حياتها، بل أن هذه الكرامة تنمو كلما تقدمت في العمر.

3)-المجال الحقوقي: فقد أعطاها الأهلية المالية الكاملة في جميع التصرفات حين تبلغ سن الرشد[3].

---

1 - رواه البخاري.

2 - مصطفى السباعي، المرجع السابق،ص.22.

3 - محمود عباس العقاد، المرجع السابق، ص.52؛ و مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص.22.

المطلب الثاني

المرأة في عهد العصور الوسطى

ونتناول في هذا المطلب وضعية المرأة في عهد أوروبا المسيحية(الفرع الأول)، ثم نرى وضعية المرأة في أوروبا في القرون الوسطى و بداية العصر الحديث(الفرع الثاني).

الفرع الأول

المرأة في عهد أوروبا المسيحية

إعتنق قُسطنطين أحد قادة الرومان النصرانية ، ولما اعتلى سُدة الأباطرة سنة 305م جعل المسيحية دين الإمبراطورية الرومانية[1].

وجاءت المسيحية بتعاليم تتعلق بالزواج والطلاق ومنزلة المرأة في المجتمع،وأسدت خدمات جليلة للمجتمع الروماني بتطهيره من الدعارة والفحش والزنا وحثه على الأخلاق السامية والشرف،غير أنها فرطت كثيراً في نظرتها للزواج والروابط الأُسرية ، وفي منزلة المرأة ودورها في المجتمع كما فرطت في تقديرها لحياة العزوبة و الرهبنة و مجاهدة النفس.

وإنطلاقاً من هذا، فالمرأة في نظر الكنيسة هي أصل الخطيئة ، ذلك أنها كانت السبب في إغواء آدم وإخراجه من الجنة وما ترتب على ذلك من شقاء وتعب لبني الإنسان . وقد ورد في العهد القديم[2] – وهو أحد المصادر المسيحية– أن الله خاطب آدم فقال له: " هل أكلت من الشجرة التي أوصيتك أن لا تأكل منها ؟ فقال آدم: المرأة التي جعلتها معي هي أعطتني من الشجرة فأكلت . فقال الرب للمرأة: ما هذا الذي فعلت ؟ فقالت المرأة : الحية غرتني فأكلت . فقال الرب للحية : لأنك فعلت هذا ملعونة أنت من جميع البهائم ومن جميع وحوش البرية ، على بطنك تسعين وتراباً

1 – سالم بن عبد الغني الرافعي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب ، ط1 ، دار إبن حزم للطباعة و النشر و التوزيع، 2002.ص .136.

2 – سفر التكوين ، الإصحاح الثالث . أخذاً عن ؛ سالم الرافعي، المرجع السابق ، ص. 137،138.

تأكلين كل أيام حياتك وأضع عداوة بينك وبين المرأة ، و بين نسلك ونسلها ، هو يسحق رأسك وأنت تسحقين عقبه . و قال للمرأة : تكثيراً أكثر أتعاب حبلك ، بالوجع تلدين أولاداً ، و إلى رجلك يكون اشتياقك وهو يسود عليك . وقال لآدم : لأنك سمعت لقول امرأتك و أكلت من الشجرة التي أوصيتك قائلاً : لا تأكل منها ، ملعونة الأرض بسببك ، بالتعب تأكل منها كل أيام حياتك". فمن خلال قراءة هذا النص يتبين لنا أن المرأة عند المسيحيين هي سبب إغواء آدم لذلك عاقبها الله بأوجاع الولادة و الحمل و جعل الرجل في منزلة أعلى و هي في منزلة أدنى. و يقول بولس[1]: أيها النساء أخضعن لرجالكن كما للرب ، لن الرجل هو رأس المرأة كما أن المسيح أيضاً رأس الكنيسة وهو مخلص الجسد ولكن كما تخضع الكنيسة للمسيح كذلك لأزواجهن في كل شيء.

فهذه النظرة القاسية إلى المرأة جعلت النصارى ينظرون إليها على أنها شيطان ويتقربون إلى الله بالبعد عنها ويحملونها أوزارهم وذنوبهم حتى شككوا بإنسانيتها.ففي مجمع ما كون المسيحي سنة 571 م، جرى بحث فيما إذا كان للمرأة روح ، و عما إذا كانت تعتبر من جملة البشرية[2].

وكان القرار أن المرأة لها روح شريرة غير ناجية من العذاب ، فيما عدا أم المسيح فإنها وحدها ذات روح ناجية من عذاب النار ، بل من علمائه من أيد أن النساء خطيئة جسيمة و أجسامهن من عمل الشيطان ويجب أن نلعنهن[3].

ولقد كتب"جيكوب برنجر"،و"هنري كرامر" عن السحر في العصور الوسطى :"أن السبب في أن السحرة الأشرار كانوا غالبا من النساء أن عملية السحر تأتي من الشبق الجنسي الذي هو في النساء لا يرتوي أبدا ، أما الرجال فإنهم في مأمن من هذه

---

1 – رسالة بولس إلى أهل أفس : الإصحاح 5، أخذ عن ؛ سالم الرافعي ، المرجع السابق ، ص 139.

2 – مصطفى السباعي، المرجع السابق ، ص.16.

3 – سالم البهنساوي،المرجع السابق، ص.21.

الجريمة الشنعاء لسبب واحد هو أن المسيح كان رجلا وهو الذي حمى جنس الرجال من هذه الجريمة الكبيرة ،لأنه طالما سمح لنفسه بان يولد، وان يتعذب من اجلنا فهو قد ضمن إذن للرجال هذه الميزة على النساء"[1].

ويشير "سوسنام"– وهو من كبار رجال الكنيسة– إلى أن :"المرأة شر لابد منه وسوسة و آفة مرغوب فيها وخطر على الأسرة والبيت". كما كان رجال الدين أيضا ينظرون إلى المرأة أنها هي المسؤولة عن انتشار الفواحش والمنكرات في المجتمع، وان الزوج رجس يجب الابتعاد عنه. وكان يطلب من المرأة عدم رفع صوتها، حتى وهي منشدة في الكنيسة ، إذ ما احتاجت إلى مسالة في الدين فلتسال زوجها في البيت[2].

وإثر هذا، يتبين لنا أن المرأة في ظل القانون الكنسي كانت مهدورة الحقوق ينظر إليها نظرة دونية وذلك كله يرجع إلي اعتقادهم بأنها مرتكبة خطيئة خروج آدم من الجنة . وهذا عكس ما جاء به الدين المسيحي من مكانة مشرفة للمرأة لها حقوقها وعليها واجباتها ، فقد كان السيد المسيح يُكرم أمه ويحسن معاملتها وكانت علاقته بها البر والرحمة؛ الأمر الذي شجع إتباعه على منواله و إعطاء المرأة بصورة عامة بعض حقوقها المفقودة وتقديرها واحترامها ، مما جعلها تتبؤ المكان اللائق بها كأم وزوجة وابنته[3] .

الفرع الثاني

أوروبا في القرون الوسطى و بداية العصر الحديث

كانت العصور التي حكمت فيها الكنيسة في أوروبا من أحلك حقبات تاريخها وأشدها ظلمة، حيث تدخلت الكنيسة في كل شأن من شؤون الحياة و صبغته بصبغة القوة والتشدد ، والأمر الذي دفع بتحرك الشعوب الأوربية بعلمائها و فلاسفتها ليزيلوا هاته النظريات و القوانين الجائرة التي أرهقتهم بها الكنيسة . فكانت الثورة الصناعية

---

1 – فؤاد حيدر، المرأة في الإسلام وفي الفكر الغربي، ط1، دار الفكر، بيروت، 1992،ص.112.

2 –تيسير فتوح حجة ، المرجع السابق ، ص.28.

3 – باسمة كيال، المرجع ، ص.51.

في فرنسا سنة 1789م ثورة على كل أشكال النظام الفاسد الذي وضعته الكنيسة ثورة على الجهل والخرفات التي آمنت بها الكنيسة . و بذلك لبست أوربا ثوب العلم والتجربة والمادة وخلعت كل صلة بالدين والغيب والكنيسة هذا وقد قام نظام أوروبا الحديث على أسس ومبادئ ، من أهمها :

- حصر الدين في الكنيسة وإبعاده عن التأثير في مناخي الحياة، وذلك طبقاً لمبد فصل الدين عن الدولة.
- تعظيم الحرية الفردية على حساب المجتمع ، وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة.
- المساواة المطلقة بين الرجال و النساء.

و بهذا، لم تكن المرأة الأوروبية في القرون الوسطى تتمتع بأي حق من الحقوق، فاهتم القانون الإنكليزي، الذي كان سائداً في أوروبا و أمريكيا، بحماية الرجال وحدهم ، بينما حُرمت المرأة من الحقوق كافة حتى من قراءة الكتاب المقدس[1].

و في سنة 1500م عقد مجلس إجتماعي في بريطانيا خصص لتعذيب النساء ، و إبتدع هذا المجلس وسائل التعذيب النساء و عليه شاعت حوادث حرق النساء عند النصارى و هن أحياء[2].

كما أن القانون الإنكليزي حتى عام 1801م كان يبيح للرجل أن يبيع زوجته بستة بنسات فقط. فقد حدث إن باع إنجليزي زوجته عام 1931م بـ 500 جنيه و قال محاميه في الدفاع عنه : إن القانون الإنجليزي قبل 100 عام كان يبيح للزوج أن يبيع زوجته فأجابت المحكمة بأن هذا القانون قد أُلغي عام 1805م بقانون يمنع بيع الزوجات أو التنازل عنهن ، و بعد المداولة حكمت المحكمة على بائع زوجته بالسجن 10 أشهر[3].

وفي القرن الثامن عشر عَقد الفرنسيون مؤتمرا للبحث في إمكانية اعتبار المرأة

1 – نهى القاطرجي ، المرجع السابق،ص.63.

2 – تيسير فتوح حجة ، المرجع السابق ، ص28.

3 – مصطفى السباعي ، المرجع السابق ،ص.17.

إنسان أو غير، فتوصلوا إلى كونها إنسان قد خُلِقَ لخدمة الرجل. والأمر نفسه بالنسبة للقانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) الصادر بعد الثورة الفرنسية (سنة 1804)، هذا القانون جعل الرجل منفردا وقزم مركز المرأة[1]. حيث تنص المادة 617 منه أن "المرأة المتزوجة حتى ولو كان زوجها قائماً على أساس الفصل بين ملكيتها و ملكية زوجها، لا يجوز لها أن تهب ولا تنقل ملكيتها، ولا أن ترهن ولا أن تملك بعوض أو بغير عوض، بدون إشتراك زوجها في العقد أو موافقة عليه موافقة كتابية ."

وقد تضمن قانون نابليون بشكل عام مركز قانوني متدني للمرأة الفرنسية ، فقد جردها من حق الشهادة أو المقاضاة أو التوقيع على العقود ، أو التعهد بأي إلتزام، أو ممارسة مهنة منفصلة وإذا كانت تعمل فإن أجرها كان يعتبر ملكاً لزوجها[2].

و في نفس الإطار قرر البرلمان الإسكتلندي سنة 1567م بأن المرأة لا يجوز أن تمنح أي سلطة على أي شيء من الأشياء[3]، وكذلك نالت المرأة الألمانية حظاً وفيراً من هذه المظالم ،فقد كان عدد المتهمات بالسحر خلال الفترة 1450م–1550م مائة إمرأة ، وأكثرهن أُعْدِمْنَ لإنهُن اشتغلنَ بالكيمياء والعلوم[4].

أما في الجامعات الأوروبية فطلب العلم اقتصر على الذكور فقط ، باستثناء جامعة زيواخ التي كانت تقبل الإناث وذلك سنة 1840م،وفي اسكتلندا عارض الذكور دخول الإناث إلى الجامعات فنشبت معارك خاصية لعل أشهرها ما وقع في "أدنبرة" في 18نوفمبر 1870م إذ عارض الطلبة وبشدة دخول خمس فتيات كلية الطب فيها. أما

1 – نهى القاطرجي ، المرجع السابق ، ص.63.

2 – تيسير فتوح حجة، المرجع السابق ، ص. 29.

و يشير حمود حمبلي إلى أغلب ما يرد في الدساتير من الحقوق و الحريات العامة يفسر في التطبيق العلمي لصالح الرجل و المرأة ، مالم يرد نص صريح بخلاف ذلك ، وتبريراً لهذا الوضع راح الفقه و القضاء في أوروبا يلتمسان حججاً يدعمان بها الموقف السائد ، منها أن المرأة أضعف من الرجل في قدراته العقلية و البدنية ، ووظائف المرأة مرتبطة بالمنزل فقط؛ حمودي حمبلي، المرجع السابق، ص.149.

3 – مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، ص. 17.

4 – سالم البهنساوي ، المرجع السابق ، ص. 52.

في فرنسا فقد نالت أول إمرأة شهادة في الطب سنة 1875م غير أن القانون لم يسمح لها بممارسة مهنة الطب[1].

ويُشير عباس محمود العقاد إلى أن الدساتير الديمقراطية آخر المراحل التي شرعت للمرأة معاملة حديثة قائمة على المبادئ الفكرية، غير أنها قامت في الواقع على إجراءات الضرورة، ولم تقم على تقدير عادل للكائن الحي في قيمته الإنسانية و وظيفته النوعية التي بنيت عليها معاملة القرآن الكريم ،قبل عصر الديمقراطية ،وقبل مطالبة النساء والرجال معاً بمبدأ المساواة بين الزوجين[2].

ويُضيف نفس الفقيه أن الإقناع القوي الذي تمكنت به المرأة من استجابة مطالبها في الدساتير الحديثة إنما هو احتياج الساسة إليها في المصانع والمعامل عند نشوب الحرب العالمية وانصراف العاملين من الرجال إلى ميادين القتال ، وهذه شرائع الضرورات والإجراءات التي تزن الأمور بميزانها المتقلب الجزاف. و بهذا إذ تتلاقى مبادئ المعاملة التي تنالها المرأة من الحضارة الغربية منذ عهد الثقافة اليونانية إلى عهد الدساتير الديمقراطية ، فليس هناك تفاضل كبير بين الإهمال المشاع في حريم أثينا و جمهورية أفلاطون، وبين المساواة المادية الاقتصادية التي ليس دونها شيء، لأنها تنزل بالمساواة من القمة إلى الحضيض.

---

1 - تيسير فتوح حجة ، المرجع السابق، ص. 30.

2 - محمودعباس العقاد ، المرجع السابق ، ص 106،107،109 ؛ و يشير محمدرمضان البوطي ، إلى أنه انتشرت في أمريكا ملاجئ من نوع خاص ، تستقبل النساء اللواتي أُتيح لهن الفرار من وابل الضرب من قبل الأزواج و الأصدقاء . وتحيط بمباني هذه الملاجئ عادة جدران مزخرفة و ديكورات لا توحي بطبيعة ما وراءها للتمويه . حيث يقول " ريتشارد جون" : " هناك وباء يجتاح بلادنا إنه لشنيع وأنه غير قابل للتجاوز عنه أو التساهل في أمره إنه يجب أن يوفق ، وغنه لمرض يبعث عن الإشمئزاز ، ولا يمكن لأي بلد حضاري أن يقبل به .... إنه في كل 12 ثانية في الولايات المتحدة الأمريكية تخضع إمرأة لهذا الوباء ، في كل 12 ثانية إمرأة تضرب إلى درجة القتل أو التحطيم من قبل زوج أو صديق ، و في كل يوم نرى نتائج هذا الضرب وآثاره في مكاتبنا ، وفي غرف الطوارئ لدينا ، وفي عيادتنا ." ريتشارد جون، العنف الأُسري، Domestic violence : let our voices be heard" مجلة معهد القبالة وأمراض النساء، جانفي1993، عدد خاص"؛ و يضيف محمد رمضان البوطي الإشارة إلى أنها فلسفة الواقع الإجتماعي في علاقة مابين الرجل و المرأة في الغرب القائمة على المادة من جهة؛ وأنوثة المرأة، من جهة أخرى ؛ محمد سعيد رمضان البوطي ، المرجع السابق ، ص26-35.

ويقول الفيلسوف " هربرت سبنسر" الانجليزي في كتابة " علم الاجتماع " أن الزوجات كانت تباع في انجلترا فيما بين القرن الخامس والقرن الحادي عشر ،وانه حدث أخيرا في القرن الحادي عشر أن محاكم الكنيسة سنت قانوناً للزوج أن ينقل أو يعير زوجته إلى رجل آخر لمدة محدودة حسبما يشاء الرجل المنقولة إليه المرأة ، وشر من ذلك ما كان للشريف النبيل من الحقْ الاستمتاع بإمرأة الفلاح إلى مدة أربع وعشرين ساعة بعد عقد زواجها عليه ،أي على الفلاح "[1] وفي سنة 1790 بيعت إمرأة في أسواق انجلترا بشلنين ،لأنها نقلت بتكاليف معيشتها على الكنيسة التي كانت تأويها[2].

و تفريعاً عما سبق، فقد تم مُعالجة تعريف المُساوة القانونية، وتم إسقاطها على الزوجين في عقد الزواج في قانون الأسرة. كما تم التوصل إلى تحديد مفهوم مصطلح الجندر، هذا المصطلح الذي يهدف الغرب من وراءه إلى تفكيك الأسرة الحقيقية في المجتمعات المحافظة، فالجندر في نظرهم إلغاء كافة الفروق بين الجنسين، فلا فرق بين الرجل والمرأة في عقد الزواج إبتداءاً أو انتهاءاً. غير أن مجتمعنا الجزائري المحافظ يرفض وبشدة كذا مفاهيم غريبة عن أصالة الأسرة الجزائرية.

ولقد تم الوقوف على أوضاع المرأة في الحضارات القديمة وفي أروبا، فتبين أن مركزها القانوني داخل مُؤسسة الأُسرة جد سيء مُقارنةً بالرجل. فلم تَكن في وَضع مُتكافئ مع الزوج ولم تكن تتمتع بأبسط الحقوق. وبِمجيء الشريعة الإسلامية أنصفت الإنسانية جمعاء، بما فيها المرأة فأعلت من مكانتها في كافة المجالات بما فيه الأُسرة وعقد الزواج. حيث يقول تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾[3].

---

1 – مصطفى السباعي ، المرجع السابق ، ص.141.

2 – محمودعباس العقاد ، المرجع السابق ، ص. 105.

3 – سورة النساء، الآية الأولى.

وبعد تطرقنا لماهية المساواة بين الزوجين، نُعالج في الباب الأول المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة .

الباب الأول

المساواة بين الجنسين في إبرام

عقد الزواج في قانون الأُسرة

لم تُطرح قضية المرأة لِقرون طويلة في المجتمعات العربية المسلمة، ولم توجد أصلاً قضية خاصة بها، ثم حلت بالبلدان الإسلامية فترة انحطاط حضاري شامل، نكب خِلالها كل من الرجل والمرأة على السواء بالجهل والظلم وهضم الحقوق. ثم ساءت الأوضاع أكثر مما كانت بغزو الإستعمار الغربي، الذي اعتمد سياسة التضليل والتجهيل والإستغلال، ومن خِلال ذلك نقل أفكاره وقيمه بما فيها صِراع المرأة مع الرجل، وبما تركه من ابتزاز للمرأة لأغراض مادية بحتة، الأمر الذي أصبح الغرب يطلق عليه "قضية تحرير المرأة".

إن حقوق المرأة قبل أن تكون إشكالية قانونية، هي مسألة نفسية إجتماعية ، حيث يكاد الفقه الإجماع على أن إشكالية حقوق المرأة تتجاوز بكثير قُدرة رجال القانون واختصاصاتهم .

وإثر هذا، انقسم خِطاب المرأة بين تيارين، أحدهما إسلامي معتدل، والآخر علماني تغريبي مدعوم بتيار عالمي شمولي، حيث قوية شوكته في الآونة الأخيرة مما دفع به إلى اتخاذ مواقف سافرة إزاء القضايا الخِلافية، خاصة ما يتعلق بدور الدين في تحديد السياسات والتشريعات وأوضاع المرأة.

وفي هذا السياق، ظهرت الى الوجود جمعيات نِسائية انضمت الى هذا التيار لمَّا شعرت بِمخاطر المد الإسلامي من جهة، وطموحاً في التطور والإنفتاح غير المحدود الذي تفتحه أبواب العولمة من جهة أخرى. وبهذا هاجمت هاته الجمعيات الدين بوصفه مسؤولاً عن الوضع المتردّي للمرأة في العالم العربي الاسلامي.

وبالرجوع إلى مساواة المرأة في إنشائها لعقد زواجها في التشريع الجزائري، سَنتَبَين إذا كان لها مركز قانوني مساوي للمركز القانوني للرجل. فالمرأة كانت مهضومة الحقوق، كانت هي والحيوانات سواء تُباع وتُشترى، أو لها بعض الحقوق فقط، في كافة الحضارات السابقة من بلاد الفرس وبلاد مابين النهرين

ومصر القديمة، وبلاد الإغريق وبلاد الرومان، وبلاد الصين القديمة وبلاد الهند. ونفس الأمر تقريباً بالنسبة الى وضع المرأة عند العرب في العصر الجاهلي، كما سبق تبيانه[1].

و ببزوغ فجر الإسلام في القرن السادس الميلادي جاءت الشريعة الإسلامية شاملة لجميع حقوق بني الإنسان والحيوان والبيئة، فهاته الشريعة أعطت للإنسان إنسانيته وكرامته بغض النظر عن جنسه لونه عِرقه لُغته. مِصداقاً لقوله تعالى﴿ وَلَقَد كَرَّمنا بَني آدَمَ وَحَمَلناهُم فِي البَرِّ وَالبَحرِ وَرَزَقناهُم مِنَ الطَّيِّباتِ وَفَضَّلناهُم عَلى كَثيرٍ مِمَّن خَلَقنا تَفضيلًا﴾سورة الاسراء، الاية70.

وبِمطلع النصف الثاني من القرن 19م ظهرت إلى الوجود قضية التمييز المُمَارس ضِد المرأة في بعض الأنظمة. وعليه سنُعالج في الباب الأول تفعيل مظاهر المساواة بين الجنسين(الفصل الأول)، ثم نتناول إلغاء مظاهر التمييز بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري (الفصل الثاني).

1 – أنظر من 18 ص إلى ص 43 من الفصل التمهيدي.

الفصل الأول

تفعيل المساواة بين الجنسين

ونُناقش في هذا الفصل بالدراسة والتحليل مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، حال قيامهما بإبرام عقد الزواج في قانون الأسرة. فانسجام نُصوص هذا الأخير مع نُصوص الدستور؛ التي تُؤكد على المساواة بين الأفراد بغض النظر عن أي عامل يعود سببه الى الجنس أو العرق أو أي عامل آخر، يجعلها في منأى عن الطعن فيها بعدم الدستورية أمام المجلس الدستوري. وهو الأمر الذي يُطالب به الإتجاه الرافض لقانون الأسرة. والذي يعتبره أنه كرس هيمنة الرجل على المرأة و أرسى قاعدة تعدد الزوجات، وشجع الزواج العرفي[1].

وتحت ضغط هذا الإتجاه الأخير، وتقارير هيئة الأُمم المُتحدة وبعض فروعها الخاصة بالمرأة، والتي جاءت سلبية بِخصوص وضع المرأة الجزائرية. عَمد المُشرع الى تحقيق مساواة أكثر للمرأة؛ وذلك بإدخال تغييرات على قانون الأسرة، بإضافة أو تعديل أول إلغاء بعض النصوص.

ولقد اشتد النقاش وبلغ درجة الاستقطاب حول مواضيع الولاية على المرأة، وأهليتها القانونية، ومسألة تعدد الزوجات. فكيف للمرأة الأُستاذة والطبيبة والوزيرة أن يتولى عقد زواجها وليها؟ فلماذا تقصُرُ أهليتها في عقد الزواج؟ بينما ترشد في كافة التصرفات القانونية الأُخرى. ولِماذا يتزوج الرجل أربع نِسوة؟

الأمر الذي من خلاله سنتناول كل من المساواة بين طالبي الزواج أثناء فترة الخطبة (المبحث الأول)، ثم نبين مسألة المساواة على مستوى الأهلية القانونية للزواج من غير تمييز (المبحث الثاني).

1 – لوعيل محمد لمين ، المرجع السابق ، ص. 5.

المبحث الأول

تأكيد المساواة بين الجنسين في الخطبة

تُعد عملية التفاوض (Négociation) أو المرحلة السابقة على إبرام العقد (Période pré-contractuelle) من أهم مراحل إبرام العقد وأخطرها على الإطلاق، لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة . ومن أهم هذه المشكلات القانونية وأكثرها وقوعا في الحياة العملية، مشكلة قطع مفاوضات العقد بسؤ النية أو بدون سبب جدي، أو بدون مبرر مشروع، وطبيعة المسؤولية التي تترتب على هذا القطع[1].

إن المرحلة السابقة على التعاقد هي فترة استكشافية ملؤها التناقضات ، لما تثيره من المناقشة والمساومة ، والمحاورة والمراوغة، والكر والفر، والإصرار والمثابرة، والصعود والهبوط ، والمخاوف والإهتمامات الساخنة المثيرة للجدل، بغرض تحسس المصلحة وجس النبض وتكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد[2].

وعليه، فإنه كلما كان الإعداد للعقد جيداً، بكل حرية ودراسة وطمأنينة، كلما جاء مضمون العقد متوازناً ومتعادلاً ومتكافئاً، لا يشوبه نقص أو غموض أو إبهام، الأمر الذي يساعد على تنفيذه دون خلافات أو منازعات. وعلى العكس من ذلك، كلما كان الإعداد رديئا وسيئا، وكانت المفاوضات سريعة وارتجالية، كانت صياغتها مبهمة أو غامضة أو متناقضة ، وبالتالي جاء العقد غير متوازن ومشوباً بالغموض والثغرات، الأمر الذي يفتح الباب واسعاً للنزاع والصراع والخصومة بين الطرفين مستقبلاً[3].

وعلى الرغم من أهمية المرحلة السابقة على التعاقد إلا أن المشرع الجزائري لم

---

1 – بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص.11.

2 – محمد حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق، الكويت، 1998 ، العدد2، ص. 727. مُقتبس عن بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.12.

3 –أنظر، بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص12.

ينظم هاته المرحلة بنصوص قانونية خاصة رغم تعديلات القانون المدني[1] بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 [2]، وكذا القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 [3]. فقد أغفل تنظيم أحكام المرحلة السابقة على التعاقد.

والحال هكذا، اجتهد القضاء معتبرا مرحلة التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم[4]، لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام. فعلى الطرف المتضرر من جراء قطع عملية التفاوض سوى اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية (م124 ق.م).

أما على الصعيد المقارن، فقد انفرد القانون المدني الألماني[5] بتنظيم المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض متأثرا بأفكار الفقيه الألماني إهرنج عن الخطأ في تكوين العقد[6].

---

1 – الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2 – الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2005/06/26، العدد 44.

3 – الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2007/05/13، العدد31.

4 - المحكمة العليا،غ.م،1990/03/26، ملف رقم 56500، ، م.ق، 1992، عدد3، ص.112.

1993/12/22، ملف رقم 106776، ،م.ق، 1994 ،عدد2، ص.27.

2000/05/24، ملف رقم 223852، م.ق، 2001، عدد1، ص.138.

مجلس الدولة، غ4، 2002/07/15، ملف رقم 4983، ، م.م.د، 2003، عدد3، ص.155.

5 – القانون المدني الألماني الجديد النافذ منذ 2002/01/01 (المعدل والمتمم للقانون المدني القديم الصادر عام 1896م). م 2/311 منه:"المسؤولية عن الخطأ في مرحلة المفاوضات مسؤولية عقدية".

6 – الفقيه الألماني فون رودلف اهرنج (1818–1892 م) الذي صاغ نظريته في الخطأ عند تكوين العقد، حيث يشير إلى أن "السبب الذي دعاه إلى ذلك هو حيرة وقع فيها بشأن الغلط، فإنه إذا وقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري وطلب بطلان العقد لهذا السبب، أفلا يحق للمتعاقد الآخر أن يطلب تعويضا عما سببه له هذا البطلان من ضرر. فقد يكون بائعا أرسل للمشتري ما طن أن هذا يطلبه وتكلف نفقة ذلك، فمن العدل أن يرجع بما صرفه في هذا السبيل. ثم تلمس اهرنج مصدرا لحق البائع في الرجوع بالتعويض فلم يجده في العمل الضار، لأن القانون الروماني وهو الذي كان يطبق في ألمانيا في ذلك العهد، لا يجعل كل عمل ضار خاطئ مصدرا للإلتزام بالتعويض، بل كانت الأعمال الضارة التي تستوجب التعويض مفيدة بشروط معينة يحددها القانون. وقد بحث اهرنج في نصوص القانون الروماني فوجد بغيته في بعض النصوص التي تقضي برجوع البائع على المشتري بالتعويض بمقتضى دعوى العقد نفسها، واستخلص من ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاما بالتعويض. ومن ثم رسم مبدأ يقضي بأن متعاقد تسبب، ولو عن حسن نية، في إيجاد مظهر كاذب لعقد باطل اطمأن المتعاقد الآخر إلى أنه صحيح يلتزم بمقتضى هذا العقد الباطل أن يعوض على هذا المتعاقد الآخر ما أصابه من ضرر بسبب اطمئنانه

وكاستثناء عما سبق، ونظراً لأهمية عقد الزواج، على اعتباره عقد من نوع خاص[1]، ولما يترتب عليه من آثار مهمة تتعلق بالزوجين والأبناء والأصول والفروع، فقد نظم المشرع الجزائري المرحلة السابقة على إبرام عقد الزواج ضمن أحكام الخِطبة (م5و6 ق.أ الجزائري). الأمر الذي يقودنا إلى البحث عن ماهية الخطبة وطبيعتها القانونية، (المطلب الأول)، ثم التعرض إلى المساواة في الإعلان عن الخطبة والعدول عنها من كلا الطرفين (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الخطبة

الخِطبة هي أُولى مراحل إنشاء عقد الزواج، ويتجلى دورها في منح فرصة لكلا الطرفين في المعرفة الحقيقية للطرف الآخر، وبالتالي يتسنى له أخذ قرار إبرام العقد، أو العدول عن ذلك. ولقد نظمها المُشرع في المادتين 5و6 ق.أ. ونتناول في هذا

إلى العقد، بحيث يرجع إلى الحالة التي كان يصير إليها لو لم يتعاقد". عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات دار الفكر، بيروت ، 1934 ، ص 626،625،624.

وقد انتقد الفقيه عبد الرزاق السنهوري نظرية اهرنج معتبرا إياها غير صحيحة وغير ضرورية لعدة أسباب، حيث يشير الفقيه السنهوري إلى أنها "غير ضرورية، فيكفي للتحقق من ذلك الرجوع إلى الدفاع الذي دعا اهرنج لصياغة نظريته، فقد كان القانون الروماني يطبق في ألمانيا في ذلك الحين، وكان هذا القانون لا يعترف بنظرية عامة للخطأ التقصيري، فلم يكن كل خطأ سببا في المسؤولية، بل كان الأمر يقتصر على الغش، من جهة؛ وعلى بعض الحالات المعينة في التقصير، من جهة أخرى. فلما أراد اهرنج أن يلزم من كان سببا في بطلان العقد بالتعويض حار في تكييف هذا الإلتزام وفي تحديد مصدره، لأن الملتزم بالتعويض قد لا يثبت في جانبه غش ولا هذا النوع في التقصير الذي يكون مصدرا للمسؤولية في القانون الروماني. فلجأ إلى صياغة نظرية الخطأ عند تكوين العقد، وجعل مصدر الالتزام عقدا لما عجز عن أن يجعله العمل الضار، أما الآن، فنحن في سعة من الأمر بعد أن تحررنا من قيود القانون الروماني، وأصبح كل خطأ موجبا للمسؤولية، أيا كان نوع هذا الخطأ. ونظرية الخطأ عند تكوين العقد غير صحيحة أيضا، فهي تجعل مصدر المسؤولية عقدا ضمنيا يتعهد بمقتضاه المتعاقد بضمان صحة المتعاقد. فلو أن سبب البطلان كان القصر مثلا أيكون القاصر وهو غير ملتزم بالعقد الصريح الذي تقرر بطلانه لنقص أهليته ملتزما بالعقد الضمني الذي يجعله متعهدا بضمان صحة التعاقد؟ ألا يؤثر العقد الضمني كما أثر في العقد الصريح ؟". عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 633،632.

1 – قال تعالى ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا ﴿21﴾﴾ . سورة النساء الآية رقم 21. والميثاق الغليظ هو عقد النكاح.

المطلب تعريف الخطبة (الفرع الأول). ثم نبين الطبيعة القانونية للخِطبة؛ هل هي عقد؟ أم وعد بالتعاقد؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الخطبة

والخطبة لغةً تعني طلب النكاح بالكسر ، واختطبوا فلان أي دعوه إلى تزويج صاحبهم[1]. وتعني طلب المرأة للزواج، جاء في المصباح المنير :"خطب المرأة إلى القوم إذا طلب أن يتزوج منهم"[2]. والخطبة هي الشأن والأمر صغر أو عظم، و هي الدعوة إلى التزويج[3].

أما اصطلاحاً فتعني:"إظهار الرجل رغبته في التزويج بامرأة يحل له التزوج بها"[4]. وعُرفت بأنها:"تواعد رجل وامرأة على الزواج"[5]. و:"طلب الرجل المرأة للزواج، أو طلب المرأة الرجل للزواج"[6].

ولقد عرف المشرع الجزائري الخطبة في م الخامسة[7] من قانون الأسرة الجزائري بأنها :"الخطبة وعد بالزواج". والمُلاحظ على هذه التعريف أن المشرع الجزائري لم يعطِ تعريفا مفصلاً للخطبة، بل اكتفى ببيان طبيعتها القانونية فقط بتبيان

---

1 – الطاهر الرازي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ص184، 185.

2 – الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، كتاب الخاد، مادة (خطب)، ج1،ص.173.

3 – الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، ص.103.

4 – بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية،ج1، دار النهضة العربية،بيروت،1967.

5 – أحمد آباش ، الأسرة بين الجمود والحداثة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011 ، ص. 29 .

6 – محمود علي السرطاوي ، فقه الأحوال الشخصية ، الزواج و الطلاق، ط1 ، دار الفكر، الأردن ، 2008 ، ص .44.

7 – المعدلة بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 . حيث كانت تنص قبل التعديل :" الخطبة وعد بالزواج و لكل من الطرفين العدول عنها " وكذلك تناولت مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية الصادرة عام 1907 الخطبة حيث نصت م1 منها:"الوعد بالنكاح في المستقبل ومجرد قراءة الفاتحة بدون إجراء عقد صحيح كل منهما لا ينعقد به نكاح، وللخاطب العدول عمن خطبها، وللمخطوبة أيضا رد الخاطب الموعود بتزويجها منه". أنظر مجلة الأحكام الشرعية الجزائرية، الكتاب الأول في الأحوال الشخصية،المطبعة الشرقية لبيرفونتانا،الجزائر،1907،ص12.أخذاً عن: محمد محدة،المرجع السابق،ص49.

أنها وعد الزواج.

وبعد تعريفنا للخطبة لغةً نُعرج على مسألة تكييفها في الفرع الموالي

الفرع الثالني

التكييف القانوني للخطبة

إختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للخطبة، فمنهم من اعتبرها عقد ملزم للجانبين(أولاً). واتجاه آخر من الفقه نفى عنها صبغة العقد مُكيفاً أيَّاها بأنها وعد بالزواج[1](ثانياً). ثم نبين موقف المشرع الجزائري(ثالثاً)

أولاً- تكييف الخطبة على أساس أنها عقد: ونتناول هنا رأي الفقه المؤيد لهذا التكييف(أ)، ثم الأُسس التي يقوم عليها (ب).

أ- **رأي الفقه:** ويرى جانب من الفقه أن الخطبة تُكيف على أساس أنها عقد[2]، حيث يرى أن المراكنة بين الخطيبين وما يدور بينهما من ايجاب وقبول يعتبر من قبيل العقد[3]. وَيصِف بعض الفقه الخطبة بأنها عقد تمهيدي[4] (Contrat Préliminaire) يهدف لتمهيد لعقد الزواج المرجو الذي قد يبرم أو ربما لا يُبرم[5].

وأشار أيضا قانون 02 ماي 1930 والمتعلق بالأهالي القبائل،إلى مسالة الخطبة حيث تنص م 2منه:"لا يمكن إبرام عقد الزواج المشار إليه في م 1 من طرف الأهالي القبائل بدون تصريح مسبق بالخطبة امام الموظف المختص". كما تنص م4من الأمر رقم 274-59 الصادر في 1959/2/4 الخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة، على أنه:"الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من الجانبين لا يعتبر زواجاً ولا يرتب أي التزام بإبرام الزواج".

1 - منذر أحمد القضاة، مسائل الأحوال الشخصية في التشريع الأردني وأثره في استقرار الأسرة، دراسة مقارنة، الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، مؤتمر كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية، من 20-2010/04/21، ط1، الحامد للنشر،الأردن،1012،ص. 389 .

2 - تنص م54ق.م المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، إذ:"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل أو عدم فعل شيئ ما ".

3 - بشير البيلاني، قوانين الأحوال الشخصية، ط1، دار العلم للملايين،1979،ص45؛ مقتبس عن محمد محدة، المرجع السابق،ص.42؛ عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري،المرجع السابق، ص.89.

4 - "هو العقد التحضيري الذي يبرمه الأطراف قبل العقد النهائي، فهو عقد مؤقت سابق على التعاقد يتطلع به الأفراد نحو تحقيق عقد نهائي". بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد،المرجع السابق،ص.140.

5 - عبد الرزاق نجيب، طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة، مجلة الحقوق، الكويت، 2001، العدد1، ص358.

ب- الأُسس التي اعتمد عليها الفقه: استند الفقه المؤيد إلى اعتبار الخطبة عقد إلى نوعين من أسانيد أحدهما تاريخي، والثاني قانوني.

فالأساس التاريخي وهو أن الخطبة تعتبر تقليد قديم، تعود أصوله ونشأته إلى ما قبل النظم القانونية الرومانية[1]. ويُضاف إلى هذا أيضا أن القانوني الكنسي كان يعتبر الخطبة إلزامية[2].

أما الأساس القانوني، فينطلقون من أن العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخصان فأكثر بالقيام بعمل ما أو الإمتناع عن القيام بعمل ما، وهو ما أكدته م (1101) مدني فرنسي[3]. كما أن م (1134) مدني فرنسي[4] تؤكد نفس الأمر حيث تتضمن أن الاتفاقات التي تتم على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها .

وبعد مناقشة وتحليل آراء هذا الإتجاه يتبين لنا جلياً أن رأيهم جانب الصواب فيما ذهبوا إليه ، ذلك أن الأصح أن الخطبة لا تعد عقداً، فلا تنشأ إلتزامات في ذمة الطرفين من أجل إتمام وإبرام عقد الزواج فرضائية الخطبة تجعل العدول أمرا طبيعيا إذا رفض الطرفان أو أحدهما إتمام مراسيم الزواج.

ثانياً- تكييف الخطبة على أساس أنها وعد: ونتناول هنا رأي الفقه المؤيد لهذا التكييف، ثم الأُسس التي يقوم عليها (أ)، ثم نبين بعد ذلك ماهية الوعد بالتعاقد (ب).

ا- رأي الفقه المؤيد لهذا الإتجاه: ويذهب هذا الإتجاه من الفقه إلى الإشارة بأن الخطبة لا ترقى إلى مرتبة العقد وإنما هي مجرد وعد بالزواج[5]. وهذا الإتجاه متفق مع الفكر القانوني الحديث في العالم الغربي[1].

---

1 – محمد محدة، المرجع السابق، ص42 و43.

2 – مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، مصر، 1996، ص197و198.

3"Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose"

4 " Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites"

5 – محمد محدة، المرجع السابق، ص45؛ نصر سلمان وسعاد سطحي،المرجع السابق، ص34؛ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص51؛ عبدالفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص89؛ عبد العزيز سعد،قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق،ص.18.

ب- الأسس التي اعتمد عليها الفقه: إن القانون الفرنسي[2] لم ينص عليها ، الأمر الذي جعل بعض الفقه يذهبون إلى القول بأن الخطبة ليس لها أي أثر. كما أن الشخص حر في اختيار شريك حياته دون ضغط أو إكراه[3].

وبعد تبيان موقف الفقه المؤيد لطبيعة الوعد للخطبة نبين في ما يلي ماهية الوعد بالتعاقد.

ج- ماهية الوعد بالتعاقد: الوعد بالتعاقد هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر، بإبرام العقد الموعود به في المستقبل، متى أظهر الموعود له رغبته في التعاقد خلال المدة المتفق عليها[4]. وقد تناول المشرع الجزائري الوعد بالتعاقد في

---

1 - G.CORNU , Droit civil la famille, Montchrestien, 7e édition,2000, p260. "que la loi ne réglemente pas les fiançailles implique que celles-ci ne sont ni obligatoires ni interdites. Les fiançailles ne sont juridiquement ni le préalable nécessaire du mariage ni une opération illicite. Cependant, sous des formes variables, les fiançailles existent à peu prés partout, institution universelle. A quelques coups de foudre prés, on ne se marie pas du jour au lendemain. Faut-il dire que les fiançailles appartiennent à la fete et au folklore, à l'intimité des familles ? Qu' elles constituent un pur fait sociologique, non une institution juridique et que, relevant ainsi du non droit, elles ont une nature, mais non pas une nature juridique ?"

2 - إن القانون الفرنسي لم ينظم مسألة الخطبة بالبيان والتوضيح، فقد قرر أغلب فقهاء القانون المدني في فرنسا على أن أسس الزواج هي الرضا والاختيار والحرية، وأن الخطبة هي مقدمة من مقدماته، ليست لها قوة العقد. وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية حينما قضت بأنه:" الخطبة لا تلزم بالزواج، ومثلها الوعد به، وقبول وتبادل الهدايا، أما حكم الأخلاق فلا ينبغي للإنسان أن ينقض وعده، ويرجع في عزمه إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة تبرر نقض وعده ". نقض مدني فرنسي1838/05/30.دالوز ،1838،1،ص494؛ مقتبس عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص.52.

3 - عبد القادر داودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران،كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2004-2005،ص.24؛ المصري مبروك وآخرون، دراسة تحليلية وتأصيلية للمشكلات العملية المتعلقة بقانون الأسرة الجزائري في الشريعة الأسلامية والقانون المقارن، جامعة أدرار، 2008،ص22.

4 - عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص262 ومابعدها ، علي فيلالي ، الالتزمات ،ج 1، ط 2، م.و.ف.م الجزائر،2008،ص135 ومايليها؛ محمدصبري سعدي، المرجع السابق، ص126 ومايليها؛ علي علي سليمان ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر ،2006،ص48،47؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2008 ، ص.88.

م71 ق.م[1] باعتباره عقدا كاملا يتم بإيجاب وقبول، وإن كان يمهد لعقد آخر يراد إبرامه في ما بعد. وعليه، فالوعد بالتعاقد من العقود التمهيدية كالوعد بالتفضيل والعقود الإبتدائية[2].

ويُشترط عموما لانعقاد الوعد بالتعاقد[3] توافر الشروط الأربعة التالية:

1-يُشترط أن تتوفر في الواعد الأهلية الخاصة بالعقد الموعود به (م 40 ق.م) ، أما الموعود له (وخاصة في الوعد الملزم لجانب واحد)، فتكفيه أهلية التمييز وقت الوعد (م 43 ق.م) طالما أن الوعد بالتعاقد ينفعه نفعاً محضاً.

2-أن يتم الاتفاق في الوعد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل.

3- تعيين المدة التي يجب أن يتم خلالها إظهار الرغبة في التعاقد.

4- يشترط أن يستوفي عقد الوعد الشكل الذي قد يتطلبه القانون إذا كان العقد الموعود به من العقود الشكلية .

هذا، وينتج الوعد بالتعاقد أثره إذا نشأ صحيحاً وفقاً لما يتطلبه المشرع من الشروط السابقة. وعليه إذا أبدى الموعود له رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة، واتصل رضاؤه بعلم الواعد انعقد العقد الموعود به منذ وقت انعقاده، دون أن يكون للإنعقاد أثر رجعي، وتبعا لهذا يظل الواعد ملزماً بالبقاء على وعده خلال المدة المحددة في الوعد. وفي هذا قضت المحكمة العليا بأنه :" إن التصرف الصادر من الواعد في العقار الموعود به، بموجب وعد بيع محدد في ورقة رسمية وسُجل بإدارة

---

[1] – تنص م71 ق.م:" الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه،والمدة التي يجب إبرامه فيها. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضن الوعد بالتعاقد".

[2] – انظر، بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق،ص142 وما يليها؛ بدري جمال، الطبيعة القانونية لحق الموعود له الناتج عن عقد الوعد–دراسة مقارنة– م ج.ع.ق إ، مارس 2012، عدد01، جامعة الجزائر م. و. ف. م،الجزائر،ص.107.

[3] – عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق،ص264–266؛ صبري سعدي،المرجع السابق ،ص.129.

التسجيل يعتبر تصرفا في ملك الغير "[1].

أما إذا انقضت المدة المحددة دون إعلان الموعود له عن رغبته في إبرام العقد الموعود به، فإن الوعد بالتعاقد يعد كأنه لم يكن، ولا يكون للموعود له أي حق شخصي قبل الواعد[2]. في حين إذا قام الموعود له بإبداء رغبته في التعاقد خلال المدة المحددة، فإنه يترتب عن ذلك إبرام العقد الموعود به.

وبالمقابل إذا نكل الواعد – قبل انقضاء المدة المحددة – وكان الموعود له يرغب في إبرام العقد، يمكن لهذا الأخير أن يطالب الواعد بتنفيذ الوعد بالتعاقد متى توفرت شروطه، وبخاصة شرط الشكل إذا وُجد.

وفي هذا، فإن المشرع قد أجاز للموعود له طبقا للمادة 72 ق.م[3] أن يطلب من القضاء إلزام الواعد بتنفيذ وعده، متى تأكدت المحكمة من توافر الشروط القانونية (الموضوعية والشكلية)، فإن حكم المحكمة يحل محل العقد متى اكتسب قرارها قوة الشئ المقضي به. وبهذا يصبح الواعد ملزما بتنفيذ العقد وكأنه أصبح بصبغته النهائية[4].

وانطلاقاً من دراستنا للوعد بالتعاقد من جهة، وعلى اعتبار المشرع الجزائري قد اعتبر الخطبة وعدا بالزواج من جهة أخرى، يمكننا التساؤل هل تسري أحكام الوعد بالتعاقد التي نظمها القانون المدني الجزائري، مع أحكام الخطبة – كونها وعداً – التي نظمها قانون الأسرة الجزائري؟

---

1 – المحكمة العليا ، غ.م ، 2006/01/18 ، ملف رقم 318607 ، ن.ق ، ج2 ، 2006 ، العدد 61، ص. 284.

2 – بدري جمال ، المرجع السابق ، ص112 ،113.

3 – تنص م72 ق.م : " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة مايتعلق منها بالشكل متوفرة ،قام الحكم مقام العقد ". ويشير بلحاج العربي منتقدا المشرع الجزائر أن العقد لا يستطيع أن يجبر البائع على التسجيل في العقد الأصلي وكيف يستطيع القيام بذلك في الوعد بالتعاقد . بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق ، ص151 .

4 – علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص138 ؛ صبري السعدي ، المرجع السابق ، ص132 .

ثالثاً– موقف المشرع الجزائري : ذهب المشرع الجزائري إلى اعتبار الخطبة وعد بالزواج وليست عقدا أين نص في م 1/5 ق.أ :" الخطبة وعد بالزواج " . كما نصت م 4 من الأمر رقم 59–274 على أنه :"الوعد بالزواج الصادر من جانب واحد أو من الجانبين لا يعتبر زواجا ولا يرتب أي إلتزام بإبرام الزواج".

وعليه فقد اعتبر المشرع الجزائري الخطبة وعدا مستعملا لفظ " الوعد" من حيث الصياغة القانونية[1]، غير أن مصطلح الوعد كما رأينا في الوعد بالتعاقد في القانون المدني الجزائري (م 71 ق.م) له معناه الخاص به، فالوعد بالتعاقد ملزم للواعد إذ يتوجب عليه أن يبقى ملتزما بوعده إلى غاية إنتهاء المدة المحددة في الوعد بالتعاقد، لكن الخطبة غير ملزمة للخاطب (الواعد) فيجوز له أن يعدل عنها متى شاء.

وتفريعاً عن هذا، فإن هناك تضارب وعدم انسجام بين م 71 ق.م وم 5 ق.أ من حيث الصياغة القانونية الأمر الذي يؤدي إلى وجود غموض أثناء تفسير هاته النصوص.

وعليه، على المشرع الجزائري إعادة صياغة م 5 ق.أ حتى يُرفع هذا التناقض بين نصوص القانونين، حيث يمكن أن تكون صياغة م 5ق.أ على الشكل التالي :" الخطبة وعد بالزواج غير لازم ".

و بعد الدراسة بالشرح و التحليل في المطلب الأول إلى كل ما يتعلق بتعريف الخطبة و تكييفها، يُتوصل بنا البحث في تبيان مدى ضمان المشرع الجزائري في تجسيد مبدأ المساواة القانونية بين الرجل و المرأة (الخاطب و المخطوبة) فيما يخص كل من المبادرة في الإعلان عن الخطبة ، أو في حرية التحلل أو العدول عنها من كلا الطرفين على قدم المساواة. الأمر الذي سنعالجه في المطلب الثاني.

1 – بن شويخ الرشيد ، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق ، ص187؛ محمد باوني ، الخطبة المقترنة بالفاتحة وحكمها شرعا وقانونا "دراسة مقارنة " ، م.ج. أ.ع ، قسنطينة ، فيفري 2004 العدد15. دار الهدى ، الجزائر ، ص66وما بعدها .

المطلب الثاني

المساواة في الإعلان عن الخطبة و العدول عنها من كلا الطرفين

قد يتم الإعلان عن الخطبة من طرف الرجل، كما قد يتم من طرف المرأة ، فلا فرق بينهما (الفرع الأول) و بالمقابل يجوز لأي منهما العدول عن الخطبة متى شاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

المساواة في الإعلان عن الخطبة

جرت العادة أن يكون الإعلان أو المبادرة بالخطبة من الرجل فيسمى خاطباً ، وتسمى المرأة مخطوبة. غير أن الخطبة في الشريعة الإسلامية ساوت بين الطرفين في المبادرة بها سواء من الرجل أو المرأة[1]. فيجوز ان تبادر المرأة ومن ينوب عنها فتكون خاطبة[2] . وهو الأمر الذي سار عليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة حيث نص في م 5 منه " الخطبة وعد بالزواج " . و كان المشرع المغربي أكثر دقة من نظيره الجزائري حينما نص في م 1/5 من المدونة على انه " الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج ".

وكما اشرنا آنفاً أن الأصل في المبادرة بالخطبة هو من طرف الرجل ، وهو أمر استقر عليه العرف منذ القديم حيث جرت العادة بأن الرجل هو الذي يخطب المرأة ابتداءاً[3].

ويجد هذا العرف مصدره في التركيبة الطبيعية التي خلق الله عليها كلا من الجنسين ، حيث جاءت غريزة الرجل في شكل حاجة وطلب، بينما جاءت غريزة المرأة

2- سالم البهنساوي ، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء ، ط2 ، دار القلم ، الكويت ، 1984 ، ص62،63 ؛ رشاد حسن خليل ، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية ، ج2 ، ط1 ، دار الفاروق ، القاهرة ، 2007، ص، 51.

2 – احمد الحصري، النكاح والقضايا المتعلقة به،ط1، دار ابن زيدون، بيروت، 1986، ص40 وما بعدها.

3 – بن زايد فاطنة ، صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية ، مذكرة ماجيستر ، جامعة أدرار ،2008-2009 ،ص7.

على شكل استجابة ، وكان من مقتضى ذلك أن جلبت المرأة على الحياء من التقدم إلى الرجل بعواطفها وإن كانت مريدة له راغبة فيه[1] .

وفي نفس السياق يُشير عباس محمود العقاد إلى أن حياء المرأة الذي تتلقاه من الطبيعة أنها تخجل من مفاتحة الرجل بدوافعها الجنسية ، وتنتظر المفاتحة من جانبه ، وإن سبقته إلى الحب و الرغبة ، فهي تنتظر ولا تتقدم ، ذلك أن تركيب الأنثى خُلق للإستجابة ولم يخلق للإبتداء و الإرغام ، والسر في هذا أن تزويد الأنثى بوظيفة الإبتداء و الإرغام عبث مضيع لغاية النوع متى شغلت المرأة بالحمل و الرضاع[2].

وسُنبين فيما يلي أدلة مساواة المرأة بالخطبة بنفسها (أولاً) ، ثم نورد الأدلة في حالة المبادرة بالخطبة عن طريق من ينوب عنها (ثانياً)

أولاً- إعلان الخطبة من طرف المرأة بنفسها: و نبين ذلك من خلال الأدلة الواردة في كل من الكتاب و السنة.

أما في الكتاب فقوله عز وجل: ﴿ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ ﴾ "[3] .

أما في السنة فما روى البخاري ومسلم عن سهل بن سعد"أن امرأة جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت:"يا رسول الله جئت لأهب لك نفسي... الحديث"[4]، وما روى النسائي عن ثابت البُناني قال:" كنت عند أنس بن مالك وعنده ابنة له فقال:جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فعرضت عليه نفسها فقالت: يا رسول الله ألك في حاجة ؟ فقالت بنت أنس ما قل حياءها وا سوأتاه وا سوأتاه،قال :هي خير منك رغبت في النبي صلى الله عليه وسلم فعرضت عليه نفسها"[5].

1 – مرتضى المطهري ، حقوق المرأة في النظام الإسلامي ، مكتبة الفقيه ، الكويت ، 1986 ، ص.37.

2 – عباس محمود العقاد، المرجع السابق، ص.28.

3 – سورة الاحزاب ،الآية 50.

4 – أبي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري،صحيح البخاري، كتاب النكاح، دارابن كثير،دمشق،1993، ص.174

5 – أحمد بن شعيب بن سنان النسائي، سنن النسائي ، كتاب النكاح، مكتب المطبوعات الاسلامية، 1994، ص.78.

وقد جاء في كتب السيرة أن السيدة خديجة رضي الله عنها (خطبت) محمداً (رسول الله صلى الله عليه وسلم) قبل البعثة بأن أرسلت إليه إحدى صديقاتها لتخبره برغبة السيدة خديجة في الزواج منه لما لمسته من أمانته وأخلاقه وما أدركته من فضله و كرامته[1] .

فمن خلال هاته الأحاديث النبوية الشريفة يجوز للمرأة أن تُبادر بالإعلان عن الخطبة لكن يستحسن أن تلتزم طريق العرض أو التعريض المقترن بالحياء وحفظ ما يتطلبه الشرع لها من كرامة وإعزاز[2].

ثانياً- إعلان الخطبة من طرف ولي المرأة أو غيره: يجوز للولي أن يعرض الزواج على رجل صالح، بل لعل ذلك أمر مستحب، فقد كان يفعله السلف الصالح من الصحابة والتابعين وتابعيهم رضي الله عنهم أجمعين. وسنتناول الأدلة المستوحاة من الكتاب، ثم نتعرض للأدلة المستوحاة من السنة كما يلي:

فمن الكتاب قوله تعالى على لسان شُعيب ﴿قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ﴾ [3]. وهذا الإعلان من الولي جاء بعد طلب إحدى البنتين ذلك في قوله تعالى ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [4].قال القرطبي في تفسيره لهذه الآية :"هذا دليل على جواز عرض الولي ابنته على الرجل"[5].

1 – محمد بن اسحاق بن يسار المطلبي المدني ، السيرة النبوية ،ج1، دار الكتب العلمية ، بيروت ،2004 ص.129؛ ابو محمد، عبدالملك بن هشام، السيرة النبوية ،ج1، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة ، ص.188،189؛ ابو عبداله محمد بن سعد بن منيع البصري ، الطبقات الكبرى ج1 دار صادر، بيروت ، بدون سنة ،ص.131،132.

2 – محمد بلتاجي ،المرجع السابق ،ص172

3 - سورة القصص، الآية 27.

4 – سورة القصص، الآية 26.

5 – القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ط1، ج3، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2006.،ص.271.

أما السنة فما روى البخاري في باب(عرض الإنسان ابنته أو أخته على أهل الخير) عن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما:"أن عمر بن الخطاب حين تأيمت حفصة بنت عمر من خُنيس ابن حذافة السهمي، وكان من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فتوفي بالمدينة، فقال عمر بن الخطاب:أتيت عثمان بن عفان فعرضت عليه حفصة فقال: سأنتظر في أمري،فلبث ليالي ثم لقيني فقال:قد بدا لي أن لا أتزوج يومي هذا،فقال عمر:فلقيت أبا بكر الصديق فقلت:إن شئت زوجتك حفصة بنت عمر فصمت أبو بكر فلم يرجع إلى شيئاً وكنت أَوْجَدَ[1] عليه مني علي عثمان،فلبثت ليالي،ثم خطبها رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنكحتها أياه..."[2].

وتروي لنا كتب التاريخ هذه القصة : عن عبد الله بن أبي وداعة قال : كنت أجالس سعيد بن المُسيب فتفقدني أياماً فلما أتيته قال : أين كنت ؟ قال توفيت أهلي فأشتغلت بها . قال : هلا أخبرتنا فشهدناها ؟ قال : ثم أردت أن أقوم ، فقال : هل أستحدثت إمرأة ؟ فقلت : يرحمك الله تعالى ، ومن يزوجني وما أملك درهمين أو ثلاث. فقال : أنا . فقلت : وتفعل ؟ قال : نعم. فحمد الله تعالى وصلى على النبي (صلى الله عليه وسلم) فزوجني على درهمين أو قال –ثلاث– قال :فقمت وما أدري ما أصنع من الفرح ، فعدت إلى منزلي و جعلت أفكر ممن آخذ ممن أستدين ، فصليت المغرب و إنصرفت إلى منزلي ، فأسرجت و كنت صائماً فقدمت عشائي لأفطر . وإذا ببابي يقرع . فقلت ، من هذا ؟ قال : سعيد . قال : ففكرت في كل إنسان إسمه سعيد إلا سعيد بن المسيب ، وذلك أنه لم يمر أربعين سنة إلا بين داره و المسجد . فقلت : يا أبا محمد لو أرسلت لي لأتيتك . فقال : لا أنت أحق أن تُؤْتَى . فقلت : ماذا تأمر ، قال : إنك رجلاً عزباً فتزوجت ، فكرهت أن تبيت الليلة وحدك ، وهذه إمرأتك ، وإذا هي قائمة خلفه في طوله ، فدفعها في الباب ورده ، قال : ثم دخلت بها ، فإذا هي من أجمل النساء ، وأحفظ الناس لكتاب الله تعالى ، وأعلمهم لسنة رسول الله (صلى الله

1 – أوجده: أي موجدة وأكثر غضبا على أبي بكر من غضبه على عثمان

2 – أبي عبدالله محمد بن اسماعيل البخاري،صحيح البخاري، المرجع السابق، ص17.

عليه وسلم). وأعرفهم بحق الزوج . و كانت بنت سعيد بن المسيب خطبها منه الخليفة عبد الملك بن مروان لابنه الوليد حين ولاه العهد . فأبى سعيد أن يزوجه[1].

فمن خلال هاته الأدلة من الكتاب والسنة يتبين لنا أن قانون الأسرة الجزائري قد ساوى[2] بين الرجل والمرأة في الإعلان عن الخطبة، فيجوز لأي منهما أن يبادر بطلب الآخر للزواج،غير أنه نظراً لطابع الحياء والفطرة الأنثوية، يجعل من المرأة أن لا تُقبل على إبداء طلبها في خطبة الرجل،وكذلك الأمر بالنسبة للأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع الجزائري المحافظ،الأمر الذي من خلاله يبقى على ولي المرأة ان يبادر باختيار الرجل الصالح لمُوليته حفاظاً على كرامة المرأة والمكانة الرفيعة التي حَبَتْهَا بها الشريعة الإسلامية.

وكما تمت الإشارة إليه ، فإنه خلافاً لأحكام الوعد بالتعاقد المنصوص عليه طبقاً للمادة 71 ق.م. فإنه يجوز قانوناً العدول عن الخطبة لكل من الطرفين على السواء، الأمر الذي سنعالجه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

المساواة في آثار العدول عن الخطبة

إن عقد الزواج ذو صبغة خاصة يختلف عن باقي العقود الأخرى ، وذلك لتعلقه بذات الإنسان، وعليه حدد له المشرع مرحلة تمهيدية هي الخطبة ، فإنها ما كان هناك وفاق وإتلاف بين الطرفين أدى بالنهاية إلى إبرام عقد الزواج ، لكن إذا كان هناك تنافر واختلاف في الرأي فإن الخطبة مجرد وعد بالزواج، و ليست لها أحكام القوة الملزمة للعقد ، وعليه يتم العدول من أحد الطرفين ولا يتم إبرام عقد الزواج[3].

و عليه سنتناول في هذا المقام كل من المساواة في العدول عن الخطبة (أولاً) ، ثم نتعرض بالدراسة و التحليل إلى مسألة التعويض في حالة العدول إذا أصاب أحد

1 – عبد الحميد خراز ، المرجع السابق،ص.87،88.

2 – نصر سلمان وسعاد سطحي ، المرجع السابق ،ص.20؛ محمد بلتاجي ، المرجع السبق، ص 175؛ عبد القادر الداودي،المرجع السابق ،ص34 .

3 – محمد محفوظ بن صغير ، المرجع السابق ،ص.304.

الطرفين ضرر عن هذا العدول (ثانياً) ، وإذا كانت هناك هدايا أو غيرها قد سلمت بموجب الخطبة فإنه يجوز استردادها بعد العدول لكلا من الطرفين(ثالثاً).

أولاً– المساواة في العدول عن الخطبة

بما أن الخطبة وعد بالزواج فقد ذهب المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات المغاربية ،إلى إعطاء الحق لكل طرف في العدول عنها ، حيث تنص م 2/5 ق.أ على أنه " يجوز للطرفين العدول عن الخطبة " و جاء في م 06 من المدونة المغربية : " يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج ، و لكل من الطرفين حق العدول عنها " بينما أغفل المشرع التونسي ذكر مسألة العدول ضمن فصول مجلة الأحوال الشخصية التونسية .و تنص م4 من قانون الأحوال الشخصية السوري : " لكل من الخاطب و المخطوبة العدول عن الخطبة ".

فالخطبة مجرد وعد بالزواج مستقبلاً ، فهي مرحلة تعارف ، فإذا إرتضى كل من الطرفين صاحبه بعد التحري انعقد الزواج ، وإذا أُكتشف أنه لم يحصل تفاهم و وئام جاز العدولعنها[1].

غير أنه من الناحية الأخلاقية و الأدبية ، فإن من مكارم أخلاق الإنسان أن يفي بوعده قدر المستطاع و أن يراعي شعور الآخرين ، و كرامة الطرف الذي اطمئن إليه ، و غالباً ما تكون الضحية في هذا هي المرأة. و عليه يُستحسن أن لا ينقض أحدهما وعده إلا لضرورة أو حاجة شديدة[2] ، و فقهاء الشريعة و إن اعتبروا بأن العدول عن الخطبة مُباح، اعتبروه في نفس الوقت من الكراهة لأنه من إخلاف الوعد[3] مصداقاً لقوله تعالى : ﴿ وَأَوفوا بِالعَهدِ إِنَّ العَهدَ كانَ مَسئولًا ﴾[4] .

1 – طاهري حسين، المرجع السابق، ص.13 وما يليها؛ عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بأحدث الإجتهادات ، المرجع السابق، ص .89،90 ؛ أحمد أباش، المرجع السابق، ص.33.

2 – محمود علي السرطاوي، المرجع السابق،ص.46؛عبد القادر داودي،الأحكام الشرعية، المرجع السابق، ص.48

3 – محمد بلتاجي ، المرجع السابق ، ص.213 ؛ أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص.34.

4 – سورة الإسراء ، الآية 34.

فيُستقبح العدول عن الخطبة و إلغاؤها بلا سبب جدي ، لأنه لا يناسب المروءة ، وقد يكون من المصلحة عدم التفتيش عن الأسباب و دواعي العدول ، ذلك أن كشفها قد يضر بالطرف الآخر ، وفي هذا يشير الدكتور فتحي الدريني إلى أنه لابد من الإشارة إلى أن الوفاء بالوعد واجب ديانة و خلقاً و مروءةً إلا إذا كان ثمة مسوغ قوي يقتضي هذا العدول ، و الوفاء بالوعد التزام خلقي وديني، لا قضائي ، حفظاً للكرامة أن تهدر و المشاعر أن تمس ، وللشبهات أن تثور و للسمعة أن تنال منها الأقاويل"[1]. و روى أحمد عن المطلب عن عبادة بن الصامت أن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال : " أضمنواْ لي ستاً من أنفسكم أضمن لكم الجنة : أصدقواْ إذا أحدثتم ، وأوفواْ إذا وعدتم ، وأدواْ إذا أُئتمنتم، و أحفظواْ فروجكم و غضواْ أبصاركم ، و كفواْ أيديكم"[2]. و روى البخاري ومسلم عن أبي هريرة عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قال : " آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا اؤتمن خان"[3] . ولقد أورد الطبري في تفسيره عن عبد الله بن عمرو بن وائل، أنه لما حضرته الوفاة قال :" إن فلاناً خطب إلى ابنتي ، وإني كنت قلت له فيها قولاً شبيهاً بالعدة ، و الله لا ألقى الله بثلث النفاق ، وأشهدكم أني قد زوجته"[4].

و لقد وافق القضاء الجزائري المشرع معتبراً أن العدول عن الخطبة حق لكلا من الطرفين ، حيث جاء في بعض أحكامه : " من المقرر شرعاً و قانوناً أن الخطبة وعد بالزواج ، و لكل من الطرفين العدول عنها"[5]. كما أقر القضاء الفرنسي أنه يحق لكل من الطرفين العدول عن الخطبة حيث جاء في بعض قرارته

1 – فتحي الدريني ، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر دار قتيبة، بدون سنة، ص.730.

2 – أحمد بن محمد بن حنبل،مسند أحمد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1993، ص.323.

3 – صحيح البخاري ، المرجع السابق، ص.21.

4 – الطبري محمد بن جرير بن يزيد، جامع البيان عن تأويا آي القرآن،ج2، دار الفكر، بيروت،1984.ص.193.

5 – المحكمة العليا ،غ.أ.ش،ملف رقم 81129،قرار 1992/03/17،والقرار الصادر بتاريخ 1989/12/25، ملف رقم 56097.

« La rupture d’une promesse de mariage n’est pas à elle seule génératice de dommages et intérêts, lesquels ne peuvent être accueillis que s’il vient d’y ajouter une faute en raison des circonstances .»[1] .

« Rupture abusive après avoir entretenu l’espoir d’un mariage et abandon quelques jour avant la naissance de l’enfant»[2] .

ثانياً– المساواة في التعويض عن ضرر العدول

قد يترتب عن العدول عن الخطبة ضرر يصيب أحد الطرفين مادياً أو معنوياً ، إذ قد تستمر الخطبة لفترة طويلة كأربع سنوات ، ثم يعدل الرجل عن الخطبة ، فتكون المخطوبة قد تقدمت في السن ، فيسبب لها ذلك ضرراً يتمثل في تفويت فرصة الخاطب الآخر ، أو ترك المخطوبة وظيفتها ، أو إنقطاعها عن الدراسة و ذلك كله إستعداداً لتأسيس الأسرة في ظروف جيدة . و في المقابل قد يطلب من الخاطب إعداد مسكن خاص كلفه كثيراً ، أو يطلب من الخاطب تغيير محل إقامته الأمر الذي يسبب له أضراراً في حالة عدول المخطوبة.

وعليه ، إذا كان من حق كل من الطرفين العدول عن الخطبة ، فهل من حق الطرف المتضرر جراء هذا العدول أن يطالب بالتعويض ؟

لم يتناول الفقه الإسلامي القديم هاته المسألة، ذلك أن الخطبة وقتها كانت تُجرى في شيء من البساطة و اليسر فلم تكن تستمر لفترة طويلة ، إذْ كانت تستغرق زمناً قصيراً يكون فيه الإعداد للزواج. كما أن إلتزامات العائلات الإسلامية عندئذ بعدم إختلاط الخطيبين إلا بعد العقد ، وفي الحالات القليلة التي يكون أحد الطرفين قد تكلف شيئاً من المال بسبب تكاليف الخطبة، فإن المروءة و التعفف عن أخذ العوض في مثل هذه الحالات لم تكن تفسح مجالاً لطلب التعويض أمام القضاء ،

---

1 - Cass civ. 1re ,04/01/1995. Laetitia ANTONINI-COCHIN et CHRISTIN CONRTIN, L’essentiel de la jurisprudence civile, famille, 60 grandes décisions commentées , 2e édition ,Gualino Lextenso, 2010,p .55.

2 - Cass civ. 1re ,03/11/1976. Laetitia ANTONINI-COCHIN et CHRISTIN CONRTIN, p .55.

بل كان الناس يحلون هاته المشاكل في مجالس عرفية يحضرها بعض ذوي الرأي من وجهاء القوم الذين لأحكامهم العُرفية سلطة الطاعة و التنفيذ بين الناس[1].

وعندما كثرت الأضرار (المادية و المعنوية) في الوقت الحاضر، وذلك بسبب إنحراف الناس من تعاليم شريعتهم السمحة ، كان لابد للفقهاء المعاصرين أن يجتهدواْ برأيهم في المسألة ويضعواْ لها أحكاماً خاصة بها. وقد ذهب الفقه في ذلك إلى عدة أقوال :

فيذهب اتجاه من الفقه الى أنه لا يترتب إثر العدول عن الخطبة أي تعويض[2] ، ذلك أنها وعد بالزواج ولكل طرف حق العدول متى شاء ولا مسؤولية عليه مطلقاً ولا يطالب بالتعويض . إذ قال الشيخ محمد بخيت :" لا وجه أن يلزم من يمتنع عن العقد بعد الخطبة من الخاطب أو المخطوبة بتعويض لأن كل واحد منهما لم يفوت على الآخر حقاً حتى يلزم بالتعويض ، بل بعد العدول لكل منهما الحرية التامة شرعاً في أن يتزوج ممن شاء"[3].

هذا وقد استند أصحاب هذا الرأي إلى بعض الحجج و الأدلة نذكر منها :

1- من القواعد المقررة في الفقه الإسلامي أن " الجواز الشرعي ينافي الضمان " ، أي أنه من يمارس حقاً مشروعاً له ، لا يكون مسؤولاً عما يترتب إثر ذلك من ضرر و الخاطب في حالة عدوله إنما إستعمل حقه المشروع[4].

2- إن الحكم بالتعويض إكراه ضمني على الزواج ، وذلك أن أحد الطرفين قد يقدم على إتمام العقد وهو مُكره ، خوفاً من التعويض الذي يرهق كاهله ، فيكون الزواج قد

1 – محمد بلتاجي ، المرجع السابق ، ص.216،217.

2 – الشيخ محمد بخيت المطيعي (مفتي الديار المصرية سابقاً) ؛ عمر سليمان الأشقر ، أحكام الزواج في ضوء الكتاب و السنة ، دار النفائس ، الأردن ، بدون سنة ، ص.78.

3 – مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، سوريا ،ص. 42.

4 – مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ،ص.43؛ أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، بدون سنة ، ص.56 وما بعدها.

تم من غير رضى[1] سليم. وفي هذا يقول الشيخ محمد أبو زهرة : « ولأنه لو حُمل العادل عن الخطبة مُرغَم لكان في ذلك بعض الإكراه على الزواج ، ويجب أن يتوافر في عقد الزواج كامل الرضى ، وكامل الحرية»[2].

1- إن الجانب النفسي قد يكون هو السبب في العدول ، وذلك بالشعور بالنفور وعدم الإرتياح للطرف الآخر فترة الخطبة ، وعقد الزواج عقد نفسي قلبي[3] يقوم على المحبة و الألفة لقوله تعالى ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾[4].

و يذهب اتجاه ثاني، إلى بالقول بوجوب التعويض في حالة العدول عن الخطبة فالطرف العادل يتوجب عليه دفع التعويض للطرف الآخر ومن أبرز الفقهاء المؤيدين لهذا الرأي نجد الشيخ محمد شلتوت حيث قال: "إن العدول عن الخطبة يستوجب التعويض للطرف الآخر من غير تفصيل في ماهية الضرر"[5]، و يرى أن العدول إذا أدى إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر، و لو مجرداً عما يُلابسه من أفعال ضارة، يوجب المسؤولية أو التعويض، لأنه ضرب من التعسف في إستعمال الحق[6].

ومن أهم الحجج و الأدلة التي إستند لها أصحاب هذا الرأي نجد:

1- الضرر ممنوع في الشريعة الإسلامية، و عليه إتجه الفقه إلى منع جميع التصرفات التي تلحق أضراراً بالآخرين[7]، وهذا لقوله تعالى:" ﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾ [8].

1 – عمر سليمان الأشقر ، المرجع السابق، ص.70.

2 – محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص.37.

3 – محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ،دار الفكر العربي ، القاهرة ، ص.70.

4 – سورة الروم، الآية 21.

5- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي ،سوريا،ص.35.

6- فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ص737و مايليها.

7- محمد محدة ، المرجع السابق ، ص75، 76.

8- سورة البقرة، الآية 231.

2- طبقاً لعدم جواز التعسف في إستعمال الحق وهو ما يتبين من موقف عمر إبن الخطاب رضي الله عنه في قصة غيلان بن سلمة، لما طلق نساءه و قسم ما له بين بنيه و كان غرضه حرمان زوجاته من الميراث فقال له عمر إبن الخطاب رضي الله عنه: " لتراجعن نساءك، أو لترجعن مالك أو لأورثن نساءك، ثم لأَمُرن بقبرك فليرجمن كما يرجم قبر أبي رغال"[1].

فالشريعة الإسلامية لا تحمي حقاً إلا بقدر ما يحقق لصاحبه من الغرض الذي شُرع له، فالحق مقيد بالغرض الذي شرع من أجله و ليس مطلقاً، و في هذا يُشير أحد الفقهاء إلى أن فسخ الخطبة حق مقيد ، وإن إساءة إستعماله تستوجب على الطرف المسيء التعويض ، ذلك لأن الحق لم يعد سلطة مطلقة يستعمله صاحبه على النحو الذي يراه بل اصبح وظيفة مقيدة بعدم إساءة إستعمالها[2].

ويذهب اتجاه ثالث إلى أنه لا يترتب أي تعويض بمجرد العدول عن الخطبة ، أما إذا صاحب العدول ظروف مستقلة كان من شأنها وقوع الضرر فيتوجب عندئذ التعويض من الطرف العادل[3] . وهذا يعني أن سبب المسؤولية ليس هو سلوك العدول و إنما يمكن أن يكون ظروفاً طارئة لاحقة لزمن العدول نتج عنها ضرر ، و يمكن وصف هذه الظروف بأنها تغرير بالطرف الآخر . فمثلاً كأن يطلب الخاطب من مخطوبته التخلي عن وظيفتها ، وبعدها يعلن عن العدول عن الخطبة ، فهنا العدول صاحبه تغرير تسبب فيه الخاطب فتوجب عليه التعويض . أما إذا قامت المخطوبة من تلقاء نفسها بالتخلي عن الوظيفة ، ثم عدل الخاطب ، فلا يوجب عليه التعويض ، لأنه لا يوجد تغرير . وإنما هنا يوجد اغترار لا دخل فيه فلا يلزم بالتعويض[4].

1- محمد محدة ، المرجع السابق ، ص.76 .

2 - محمد محدة ، المرجع السابق ، ص.76.

3 – عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص. 21.

4 – فتحي الدريني ، المرجع السابق ، ص .734 ؛ بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات ، المرجع السابق ، ص 102 ؛ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في القانون المدني ، ج1 ، ص 827 وما بعدها.

وهذا الرأي الأخير يعد وجيهاً من الناحيتين العلمية و العملية ، فلا يمكن أن يكون العدول حق لكلا الطرفين ، وعند إستعماله يوجب التعويض من طرف صاحبه . وهو الأمر الذي ذهب إليه المشرع الجزائري عندما نص في م 3/5 ق.أ : "إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض". فمن خلال هذا النص يتبين لنا جلياً أن المشرع أشار صراحة لإمكانية جواز الحكم بالتعويض للطرف المعدول عنه ، بإستعماله لفظ "جاز" . فالقاضي له كامل السلطة التقديرية في الحكم بالتعويض من عدمه.

ولقد كان المشرع المغربي أكثر دقة عند تنظيمه لهاته الجزئية عندما نص في م 07 من المدونة على أنه :"مجردالعدول عن الخطبةلا يترتب عنه التعويض.غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضرراً للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض". فيتضح أن المشرع المغربي حدد المبدأ؛ وهو أن العدول في حد ذاته لا يوجب التعويض ، ثم بعدها نظم مسألة السبب المصاحب للعدول الذي كان شأنه وقوع الضرر للطرف الآخر، اذ يمكن في هاته الحال المطالبة بالتعويض أمام القضاء. وعليه، نقترح أن تعدل م3/5 ق.أ على الشكل التالي : "مجرد العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض. إلاّ في حالة التعسف في العدول، أو إذاصاحب العدول ظروف و ملابسات كان من شأنها إلحاق الضرر بالآخر".

وفي نفس الإطار، يشير السنهوري إلى أنه : "و الذي يمكن تقريره في هذا الشأن باعتبار أن القضاء قد إستقر عليه هو ما يأتي :

1- الخطبة ليست بعقد ملزم.

2- مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سبباً موجباً للتعويض.

3- إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى ، ألحقت ضرراً بأحد الخطبين جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية"[1].

1 – عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج1 ، 827ومابعدها.

هذا، ولقد أشرنا صراحة في نص م 3/5 ق.أ المقترحة إلى نظرية التعسف في إستعمال الحق ، وذلك حتى نُساهم في توحيد النسق القانوني بين القانون المدني و قانون الأسرة حيث تنص م 124 مكرر (المعدلة بموجب القانون رقم 10/05) : "يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

و بالتالي يصبح لدينا توافق في النصوص القانونية مابين النص الخاص المقترح م3/5 ق.أ و النص العام م124 مكرر الأمر الذي من خلاله يمكن تعويض المضرور على أساسه إذا لم يكن هناك أسباب قد أدت إلى تحقق الضرر بالنسبة للطرف المعدول عنه[1].

فإذا ما وقع ضرر إثر العدول عن الخطبة ، وكان بدون مبرر شرعي أو دون سببجدي مقنع و معقول كنا أمام حالة التعسف في إستعمال الحق ، الأمر الذي يترتب عليه تعويض المعدول عنه من قبل العادل وذلك لجبر الضرر وإزالته[2].

هذا، وقد قضت المحكمة العليا بأنه : "من المقرر أيضاً أنه إذا ترتب على العدول على الخطوبة ضرر مادي أومعنوي لأحدالطرفين جاز الحكم بالتعويض"[3] فيُؤخذ على هذا الحكم أنه لم يُبين بدقة أساس التعويض فمجرد العدول عن الخطبة لا يوجب التعويض كما رأينا. كما قضت المحكمة بأنه:"من المقرر قانوناً أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد مالم يُستهلك من هدايا وغيرها...ولما

1 – محمد محدة، المرجع السابق،ص83؛ عبدالله التناني،المرجع السابق،ص46؛ الغوثي بن ملحة،المرجع السابق،ص.24؛ بلحاج العربي، التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري، م.ج، ،1992، العدد 2، ص.694.

2 – وهبة الزحيلي،الفقه الإسلامي وأدلته،ج7،ص.27.

3 – المحكمةالعليا،غ.أ.ش، قراربتاريخ25|12|1989، ملف رقم56097، ،م.ق،1990،العدد4،ص.102.

ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج ومن دون مبرر شرعي أو قانوني، فإنه في هذه الحالة تحميل المطعون ضده الخسائر ولأضرار المترتبة عن ذلك"[1]. وقضت أيضاً أنه يحق للزوجة في حالة الطلاق قبل الدخول بها الحصول على تعويض من جراء تفويت فرصة الزواج من الغير عليها[2].

وفي نفس الإطار أشارت المحكمة العليا إلى أنه يعتبر من الأضرار المعتبر قانوناً التماطل عن إتمام الزواج بالدخول[3]، وتفويت فرصة الزواج على المخطوبة[4]. وبهذا الخصوص يُشير الدكتور بلحاج العربي إلى أنه لايمكن قصر طلب التعويض على المرأة دون الرجل،فيما يتعلق بتفويت الفرصة، فالتفريق الذي يقيمه بعض الفقه بينهما لا أساس له شرعاً وقانوناً.ومن المعلوم أن م5ق.أ قد أصبحت بعد تعديلات عام2005 تقوم على المساواة بين الخطيبين وإلغاء جميع أشكال التمييز بين الرجل والمرأة[5].

ولقدجاء في القضاء الفرنسي أنه يتم التعويض جراء مطالبة المخطوبة بترك عملها أو وظيفتها[6]، أوالعدول بمجرد التهور أو الطيش وما ينجر عنه من سوء الحظ[7]كما أن خيبة الأمل، والمساس بسُمعة المخطوبة نتيجة مخالطة المخطوب لها هي من الأضرار المعنوية[8].

و المُلاحظ على هذا القرار الأخير للقضاء الفرنسي أنه لا يتماشى و ثقافة المجتمع الجزائري المحافظ فالأضرار التي تصيب المخطوبة نتيجة ما يُعرف اليوم بين الخطبين من تصرفات دخيلة عن أصالة مجتمعنا كالتنزه في الحدائق العامة، و الخلوة

1 – المحكمة العليا،غ.أ.ش قرار في13جويلية1993ملف رقم92714 ،م.ق،1995،العدد1،ص.128.

2 – المحكمة العليا،غ.أ.ش قرار في 15نوفمبر 2006ملف رقم372290.م.م.ع،2007،العدد1،ص.487.

3 – المحكمة العليا،غ.أ.ش قرارفي1991/04/23ملف رقم73919، م.ق.1993،العدد2،ص.58.

4 – المحكمة العليا،غ.أ.ش، قرارفي2006/11/15 ملف رقم372290، م.م.ع،2007،العدد1،ص.487.

5 – بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات،المرجع السابق،ص107؛ بلحاج العربي،تفويت فرصة الزواج.....م.ع.ق.س،جامعة تلمسان.

6- Cass.civ,2e ,02/07/1970,d.1970,p.178 .

7- Paris,03/12/1976,d .1978,p.339.

8- Cass.civ,2e,02/07/1970,d .1970,p .178.

بينهما في بعض الأماكن ، لا توجب التعويض في حالة العدول، لأن المخطوبة جاءت تصرفات محرمة شرعاً[1]، و القول بعكس ذلك يؤدي بالمجتمع الجزائري إلى الإنحلال و الفسوق و الخروج عن قواعد الدين و الأخلاق .

و في هذا يُشير أحد الفقه إلى أن :" الشارع الإسلامي بحكم منطقه قد نهاهم عن هذا الأمر – الخلوة بين الخطبين و التنزه في الشوارع و الأسواق و المدارس و الجامعات – و نواهيه سبباً في أن يشرع لهم ما يحمي هذه المخالفة، و إنما على أولئك المفرطين الذين أسرفوا على أنفسهم أن يتحملوا تبعات مخالفتهم لأوامر الشارع و نواهيه، و لا يوجد قانون عادل يحمي مخالفة من يُخالفونه إذْ أن هذه الحماية تَشجيع لهم على المخالفة و لذلك نطرح من تقديرنا الضرر الأدبي"[2] .

وعليه إذا قام أحد الخطيبين بتصرفات غير شرعية و ترتب عليه أضراراً إثر العدول فلا يحُق المطالبة بالتعويض. و في هذا يقول جيلالي تشوار: " و ما نراه اليوم من الإباحية الإجتماعية للإختلاط بدون قيود و بغير رقابة غالباً ما أدى إلى الوقوع في الحرام ، حيث سيعيش معها – الخطيبين – في الحرام كخليلة قبل أن تكون حليلته، بل ربما لا تكون أبداً حليلته مما يؤدي إلى كثير من المفاسد و المساوئ بعد أن يكون قد خالطها مدة طويلة فتتعرض سمعتها لأقاويل السوء و الشائعات التي تصرف عنها كثير من الراغبين في الزواج منها"[3].

ثالثاً– المساواة في رد الهدايا

جرى العرف أنه بمجرد تمام الخطبة يشرع الخطيبين في تبادل الهدايا و الهبات ، وخاصة في المناسبات كالأعياد و المولد النبوي الشريف و غيرها، و غالباً ما تكون قيمة هاته الهدايا باهظة الثمن و مكلفة جداً. و تكون أيضاً الهدايا كثيرة و متنوعة

1 – نصر سلمان و سعاد سطحي، المرجع السابق، ص47؛ عبد الله التتاني،المرجع السابق، ص.45.

2 – محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و أثاره، المرجع السابق، ص.67 .

3 – تشوارجيلالي، عولمة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.2008، العدد03، الجزائر ،ص.94.

خاصة في حالة طول فترة الخطبة بين الخطيبين فقد تمتد الخطبة أحياناً لأكثر من ثلاث سنوات[1].

هذا، و أنه في حالة العدول عن الخطبة من أحد الطرفين فإنه يُثار مشكل رد هاته الهدايا، و خاصة النفيسة منها (سيارة مثلاً ، ساعة ذهبية...) هل يتم ردها مطلقاً ؟ أم هناك إستثناء الأمر الذي سنبينه من خلال تبين موقف الفقه الإسلامي فيه، ثم نرى اتجاه المشرع الجزائري من مسألة رد الهدايا ، و أخيراً نرى وجهة القضاء في

الموضوع.

أ – **النظرة الفقهية:** اختلف الفقهاء بخصوص مسألة رد الهدايا بعد العدول عن الخطبة، ولكل أسسُه وحججُه فيما ذهب إليه:

المذهب الحنفي: يرى الحنفية أن هدايا الخطبة تأخذ نفس حكم الهبة، فاشترطوا لنفاذها قبضها. كما أن الحنفية يجوز لديهم رجوع الواهب في هبته ما لم يكن هناك مانع من موانع الرجوع فيها كهلاكها أو إستهلاكها، و لا فرق في أن يكون العدول عن الخطبة من رجل أوالمرأة[2]. و هذا طبقاً لقاعدة " جواز الرجوع في الهبة إلا لمانع" ، و هذه الموانع سبعة[3] و هي :

1- موت أحد المتعاقدين. 2- أخذ عوض عن الهبة. 3- خروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له.4- قيام الزوجية عند الهبة أو بعدها.5- وجود قرابة المحرمية بين

---

1 – من بين أهم أسباب طول فترة الخطبة في الجزائر نجد أزمة السكن، و ارتفاع معدلات البطالة وسط الشباب خاصة، ضف إلى ذلك الشروط المرهقة التي قد يطلبها أهل المخطوبة من الخاطب، و يضاف إلى الأسباب ،سبب مواصلة الدراسة، فكثيراً ما تشترط الفتاة أن لا تتم مراسيم العقد إلاّ بعد إتمام الدراسة الجامعية(ليسانس، ماجستير، دكتوراه)

2 – مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.83؛ عبد القادر الداودي، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، المرجع السابق، ص.50.

3 – إسماعيل أبابكر علي البامري، المرجع السابق، ص.71.

الواهب و الموهوب له.6- هلاك الشيء الموهوب.7 - الزيادة المتصلة التي يستحيل فصلها عنها.

فإذا كانت الهدية ساعة تكسرت، أو فستان لُبس و بَلى ، أو قماش خيط ثوباً(الزيادة المتصلة) أو خرجت عن ملكها بأن تصرفت فيها المخطوبة مثلاً بالبيع أو الهبة، فهناك لا يتوجب رد الهدية و لقد جاء في حاشية ابن عابدين: " و كذا يسترد ما بعث هدية، و هو قائم دون الهالك و المستهلك لأنه في معنى الهبة، أي و الهالك و الإستهلاك مانع من الرجوع بها لأنه هبة "[1].

المذهب الشافعي: الشافعية وافقوا الحنفية، غير أنهم ذهبوا إلى القول برد الهدايا مطلقاً، فإن كانت قائمة استردها صاحبها بذاتها، و إن كانت قد هلكت أو أُستهلكت فيسترد صاحبها مثلها أو قيمتها.

أما المذهبين الشافعي و الحنبلي، فرأيا برد الهدايا مطلقاً بغض النظر عن المتسبب في العدول عن الخطبة الرجل أم المرأة، فإذا كانت الهدايا قائمة إستردها صاحبها بذاتها، أما إذا هلكت أو أُستهلكت فيسترد صاحبها مثلها أو قيمتها[2]، و سندهم فيما ذهبوا إليه أن الإهداء كان على أساس إتمام الزواج، و إذا لم يتحقق هذا الأخير يجوز الرجوع في الهدايا من طرف صاحبها[3]. و ذلك لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : " من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرضى عنها"[4].

---

1 - ابن عابدين محمد الأمين، حاشية رد المحتار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان،ج3، دار الفكر، بيروت،1979.ص153.

2 - عثمان التكروري، ص 29؛ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق،ص48.

3 - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج ، المرجع السابق،ص66 ؛ محمد بلتاجي، المرجع السابق،ص.220.

4 - موطأ الإمام مالك ، باب التقاضي في الهبة، ص.535.

وقد انقسم المالكية في هذا إلى رأيين، في أصل المذهب المالكي القول بعدم الرجوع بشيء من الهدايا، سواء كان العدول من الخاطب أم المخطوبة. أما الأوجه عند المالكية و الذي عليه الفتوى كما يلي:

- إذا كان هناك عُرف أو شرط بالرد و عدمه فيعمل به[1].

- إن لم يكن هناك شرط و لا عرف فإنهم يفصلون بين حالتين:

1- إن كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء من هدايا لما سببه لها من خيبة أمل.

2- إن كان العدول من المخطوبة، وجَب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان قائماً، أو مثله أو قيمته إن هلك أو أستهلك، لأن ما قدمه الخاطب لها لا يمكن إعتباره هبة مطلقة، بل هو مقيدة فإذا لم يتحقق الزواج لم يتحقق الغرض الذي من أجله قُدمت[2].

ويتبين لنا جلياً أن الأوجه عند المالكية هو الرأي الأقرب في المسألة للحق و العدل و الوسطية، فمن عدل عن الخطبة من الطرفين ليس له الحق في المطالبة بإسترجاع ما قدمه من هدايا بينما يحق للطرف المعدول عنه أن يسترجع ما قدمه من هدايا، و السبب في ذلك هو عدم الجمع بين ألمين في وقت واحد، ألم العدول و ألم الإسترداد، فمن سعى في نقض ما تم من جهته كان سعيه مردوداً عليه[3].

ب- موقف المشرع الجزائري:

لقد ذهب المشرع الجزائري في تنظيمه لمسألة إسترداد الهدايا من الخاطب أو المخطوبة إلى محاولة تأكيده على مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة، حيث أخذ بالمذهب المالكي كأصل عام في هاته المسألة، الأمر الذي سنبينه من خلال م 05 ق.أ قبل التعديل، ثم بعد التعديل.

---

1 - أحمد آباش، المرجع السابق،ص34؛ عبد الله التنائي، المرجع السابق،ص. 48.

2 - الحطاب أبو عبد الله،محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصرخليل، ط3،ج3، كتاب النكاح، دار الفكر، بيروت،1992. ص.405.

3 - حاشية إبن عابدين، المرجع السابق، ص504؛ الفقه الإسلامي و أدلته للزحيلي،26/7؛ مصطفى شلبي، المرجع السابق ، ص. 83.

كانت م05ق.أ في فقرتيها 3و4 تنص:"لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه.-و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك ".

فيتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ برأي المالكية كأصل عام، فإن كان العدول من الخاطب فليس له الحق في طلب إسترجاع الهدايا التي قدمها للمخطوبة، أما إذا كان العدول من المخطوبة، فللخاطب في هاته الحالة أن يطلب إسترداد هداياه.

لكن الناظر للنص يستنبط أن بدايته كانت متطابقة مع رأي المالكية في حين نهاية الفقرة خالفت رأي المالكية و أخذت برأي الحنفية، كما هو واضح من لفظ "فعليها رد ما لم يُستهلكْ"[1].

والحال هكذا، فإنه إذا كان العدول من المخطوبة فالخاطب يطالب فقط برد الهدايا التي لم تُستهلك أما إذا تم إستهلاكها فليس له الحق في المطالبة بقيمتها[2] كأن تتصرف المخطوبة في الهدايا بالبيع أو الهبة مثلاً، و سواء كان التصرف بحسن أو بسؤنية.

وعليه، فالمشرع الجزائري أخذ برأي المالكية من جهة، وأخذ برأي الحنفية من ناحية أخرى، وهذا أمر جانب فيه الصواب إذا كان من الأحرى أن يأخذ برأي المالكية على إطلاقه نظراً لوجاهته و عدالته.

كما يُلاحظ على هذا النص أيضاً أنه أغفل التطرق عن حكم الهدايا التي يمكن أن تقدمها المخطوبة إلى خطيبها، ففي حالة العدول من المخطوبة هل يحق لها المطالبة بها أم لا؟ فالمشرع إكتفى بذكر الهدايا المقدمة من طرف الخاطب فقط[3]، و قد يرجع ذلك إلى أن العرف السائد آنذاك هو أن تقدم الهدايا فقط من جانب الخاطب

1 – بن شويخ الرشيد، الأحكام الثابتة و المتغيرة في القانون الأسرة، المرجع السابق ، ص.189.

2 – فضيل سعد، المرجع السابق ،ص20 وما بعدها.

3 – عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق،ص86،87؛ نصرالدين مروك، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، قضايا المرأة و الأسرة بين المبادئ الإسلامية و معالجات القوانين الوضعية،م.م.إ.أ، ،2000، العدد 3 ،304.

تُجاه مخطوبته. و على إثر هاته النقائض و الملاحظات الواردة على م05ق.أ عمل المشرع الجزائري على تفاديها و ذلك من خلال تعديله بموجب الأمر رقم 02/05.

تنص م04/05و05 من الأمر رقم 02/05 على أنه :"لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه، و عليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته . –و إن كان العدول من المخطوبة ، فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من الهدايا أو قيمتها " .

فيتضح من خلال التعديل لنص م 05 ق.أ ، أن المشرع الجزائري ساوى بين الطرفين في مسألة رد الهدايا بعد العدول ، سواء كانت الهدايا مقدمة من طرف الخاطب أو مقدمة من طرف المخطوبة و هو ما تم تداركه طبقاً لما جاء به النص القديم . ولا فرق في ذلك إن كان العدول من طرف الخاطب أومن طرف المخطوبة، و هو ما أشار إليه بلحاج العربي حينما قال :" فإن تعديل عام 2005 م للمادة الخامسة ق.أ ، أقر مبدأ المساواة بين الخطيبين في إسترداد الهدايا " [1]

هذا، ولقد إختلف الفقه الجزائري حول الإتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري بعد التعديل ، فقد ذهب البعض إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمذهب المالكي ، و ذلك عندما أشار إلى لفظ « أو قيمته» ، فالهدايا ترد بعينها إن كانت قائمة ، و بقيمتها إذا أستهلكت أو تلفت.[2] ويُشير بلحاج العربي الإشارة إلى أنه كان يستوجب على المشرع أن ينص كذلك على المثلية ، أي يرد ما يماثل الهدية التي أستهلكت أو تلفت أو قيمتها يوم القبض[3]. وهو رأي سديد نشاطره الرأي فيما ذهب إليه فمثلاً يكون الخاطب قد أهد مخطوبته ساعة قيمتها 10.000 دج سنة 2010 م ، وبعد أن حصل العدول سنة 2012 م طالب الخاطب بالساعة وكانت قد أستهلكت من طرف المخطوبة

1 –بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقاً لآخر التعديلات ، المرجع السابق، ص.99.

2 – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقاً لآخر التعديلات ، المرجع السابق، ص.99؛عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ، ص19.

3 – بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقاً لآخر التعديلات ، المرجع السابق، ص.99.

– بالبيع مثلاً – فهنا على المخطوبة رد قيمة الساعة وقت القبض لإن زمن رد الهدية تكون قيمتها قد زادت مثلاً.

ومن جهة أخرى، ذهب آخرون إلى الإشارة أن النص القانوني بدايته كانت متطابقة مع الرأي المالكية أما نهاية الفقرة فقد خالفت رأي المالكية في الموضوع حينما لا يقع رد الهدايا في حالة استهلاكها أو إتلافها ، وهو رأي الأحناف إذ يعد من موانع الرجوع في الهبة .فعبارة (الإستهلاك) تثير غموضاً كبيراً إذ توحي بأن الهدايا التي أستهلكت من طرف الخاطب أو المخطوبة لا ترد[1].

ومن جهتنا يُمكن القول أن المشرع الجزائري بعد التعديل يكون قد أخذ بالرأي المالكي ، وذلك بإيراد لفظ "أو قيمته" أما لفظ " ما أستهلك " فالمقصود منها تلك الهدايا القليلة القيمة أو المستهلكة بطبيعتها كالمأكولات و المشروبات ، أو الضئيلة القيمة كالنعال أو خمار بالنسبة للمرأة أو ربطة عنق أو عطر بالنسبة للرجل ، ذلك أن المشرع الجزائري إذا كان يريد الأخذ بالرأي الحنفي ماأضاف لفظ " أو قيمته " و إكتفى بالنص السابق . الأمر الذي يستوجب على المشرع الجزائري حذف لفظ " مالم يستهلك" حتى يصير النص سليماً من الغموض و اللبس[2].

هذا، ويُلاحظ على هذا النص أيضاً أن المشرع الجزائري أغفل مسألة المتسبب الفعلي أو الحقيقي في العدول فقد يكون العدول من طرف المخطوبة لكن الدافع إلى العدول كان تصرفات و سلوكات الخاطب أو العكس[3] ، فليس من العدل أن يمنع الخاطب من إسترداد هداياه لمجرد أن العدول كان منه ويتجاهل ما إذا كان

1–بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل ، المرجع السابق ، ص.42؛ عبد الفتاح تقية ، قانون الأسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية و التشريعية ، المرجع السابق ، ص .91.

2– يقول عبد القادر داودي :" ولقد ورد في (ق.أ.ج) الجديد ذكر رد قيمة الهدية ، مما قد يعني إلغاء شرط عدم الإستهلاك وثبوت حق الاسترداد للطرف المتضرر". عبد القادر داودي ، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ، المرجع السابق ، ص.51.

3 –محمد محدة ، المرجع السابق ،64 ؛ عبد العزيز سعد ، قانون الأسرة في ثوبه الجديد ، المرجع السابق ،ص20 ؛ بن شويخ الرشيد ، الأحكام الثابتة و المتغيرة في قانون الأسرة ، المرجع السابق ، ص.191.

عدوله بسبب من المخطوبة نفسها كأن تقوم بتصرفات غير شرعية ، أو يتبين أن بها عيوب ، ومثل ذلك بالنسبة إلى عدول المخطوبة بسبب يرجع إلى الخاطب أو لعيب فيه ، فقد يكون قد غرر بها بصورة من الصور ثم دفعها إلى العدول ، فمن غير العدل أن نحرمها من استرجاع هدايها ، و عليه يتوجب على المشرع أن يتدارك هذا النقص بالنص على مسألة المتسبب في العدول.

و يُضاف إلى ما سبق، أن المشرع قد أغفل أيضاً مسألة وفاة أحد الخطيبين فهل تسترد الهدايا أم لا ؟ فنرى أنه يمكن استرجاعها من قبل الطرف الآخر خاصة إذا كانت كبيرة القيمة كمنزل أو سيارة مثلاً.

وعليه يمكن لنا إقتراح صياغة فقرات النص كما يلي:

" – لا يسترد العادل عن الخطبة هداياه إن كان العدول منه ، وإن كان العدول من الطرف الآخر فعليه رد الهدايا إن كانت قائمة ، أو مثلها أو قيمتها وقت القبض إذا أستهلكت ، مالم يوجد عرف أو إتفاق يقضي يغير ذلك.

– إذا كان أحد الطرفين هو المتسبب في العدول ، فلا يحق له إسترداد هداياه و لو كان العدول من الطرف الآخر.

– في حالة وفاة أحد الطرفين يجوز للطرف الآخر إسترداد هداياه.

– يتم إثبات الهدايا بكافة وسائل الإثبات".

و مقارنة بالمشرع المغربي قد أخذ بدوره بالمذهب المالكي؛ إذ جاء في م 08 من المدونة على أنه " لكل من الخاطب و المخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا . مالم يكن العدول عن الخطبة من قبله. –ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال ." و يُعلق أحمد آباش على هاته م قائلاً :" أقرت صياغة م الثامنة المساواة الكاملة بين الخطيبين في إسترداد الهدايا المقدمة بعد العدول عن الخطبة ، تكريساً لوضعية المرأة إجتماعياً و إقتصادياً"[1]. و نفس الأمر سار عليه المشرع التونسي[1] حينما نص في

1 – أحمد آباش ، المرجع السابق ،ص .35.

الفصل الثاني من المجلة :" لكل واحد من الخطيبين أن يسترد الهدايا التي يقدمها إلى الآخر، مالم يكن العدول من قبله أو وجدشرط خاص".

ويُشير بعض الفقه[2] إلى أن ماذهب إليه المالكية يحقق مقصود الشارع ، ويخفف الضرر عن أحد الطرفين.

ج- رأي القضاء ذهبت المحكمة العليا في قرار لها[3] بأنه:"من المقرر أنه يتوجب على المرأة المخطوبة عند عدولها عن إتمام الزواج أن ترد مالم يستهلك من الهدايا وغيرها. ولا تستحق الزوجة نصف الصداق إلا عند الطلاق قبل الدخول. ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة هي التي عدلت عن إتمام الزواج ومن دون مبرر شرعي أو قانوني فإنه لا يمكن في هذه الحالة تحميل المطعون ضده الخسائر و الأضرار المترتبة عن ذلك . مما يتعين القول أن قضاة الموضوع أصابواْ في قضائهم و يتوجب رفض الطعن" و يتبين أن هذا الحكم قد وافق المشرع فيما ذهب إليه قبل التعديل في الإشارة له إلى لفظ " ما لم يستهلك".

وقضت أيضاً بأنه:" من المقرر شرعاً و قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه. و لما كان من الثابت – في قضية الحال – أن الطاعن تراجع عن إتمام إجراءات الزواج و الدخول على الرغم من طلبه من طرف الزوجة، فإن قضاة الموضوع برفضهم طلب الطاعن لاسترجاع الهدايا طبقوا صحيح القانون ، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"[4]. و لقد وافقت المحكمة العليا الصواب فيما ذهبت إليه من خلال هذا القرار.

---

1 – ساسي بن حليمة ، المرجع السابق ، ص 70 وما بعدها.

2 – إسماعيل البامري، المرجع السابق، ص.74؛ محمود علي السرطاوي،المرجع السابق ،ص48؛ عثمان التكروري،المرجع السابق،ص32.

3 – المحكمة العليا،غ.أ.ش، بتاريخ13جويلية1993 ملف رقم92714 ،م.ق،1995،عدد1،ص.128.

4 – المحكمة العليا،غ.أ.ش. بتاريخ 23افريل 1991 ملف رقم 73919، ، م.ق،1993 ، العدد 2، ص58 بتاريخ 1985/12/30 ملف رقم 39289 ، غير منشور (فسخ الخطوبة من الخاطب بعدما أصبح عاجزاً جسمياً و جنسياً عن الزواج على إثر حادث مرور).

كما قضت المحكمة العليا " من المقرر قانوناً أنه لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إذا كان العدول منه و متى تبين في قضية الحال أن الطرفين جرت بينهما خطبة زواج ثم وقع العدول عن الخطبة من طرف الخاطب فإن القضاة بقضائهم بتأييد الحكم المستأنف و القاضي بالرفض إتمام الزواج و إلزام المدعي عليها بردها إلى المدعي ما قدمه لها من الهدايا و حلي و نقود و اعتبروها صداقاً دون الرد على دفوع الطاعنة أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب[1]".

فيتبن من هذا القرار أنه على قضاة الموضوع البحث في صفة المقبوض، هدية أم صداق حسب عُرف الجهة،

وفي نفس الإطار، ذهب القضاء المغربي إلى القضاء بأحقية الخاطب في استرجاع هديته (قطعة أرضية مساحتها 10 هكتارات) عند ما تبين أن المخطوبة بعد أن سجلتها باسمها في السجل العقاري عمدت إلى العدول عن الخطبة بسوء نية ، بالزواج من رجل آخر غير الخاطب المتبرع بالأرض و أن العدول كان من جانبها حيث جاء في القرار: " حيث يستخلص من الحكم المطعون فيه و الوثائق صحبته أن المدعى المستأنف عليه وهب أرضاً فلاحية للمدعى عليها في خطبتها وطبقاً لما جاء في المقال، فإن المدعى عليها عدلت من جهتها فقط عن الخطبة وتزوجت برجل آخر غير الخاطب الواهب، بمعنى أن المخطوبة رجعت عن إلتزامها الأدبي بالخطبة و فضلت رجلاً آخر. و أنه طبقاً للفصل الثالث من المدونة فإنه إذا كان الرجوع عن الخطبة من جانب المخطوبة فيحق للخاطب إسترداد هداياه"[2].

و ذهب القضاء التونسي أيضاً إلى أن الهدايا المقدمة للخطيبة لا يسترد الخطيب منها شيئاً إذا عدل عن خطبتها، أما إذا مات و استحال الزواج بهاته الحادثة

1 – المحكمة العليا،غ.أ.ش. بتاريخ 16مارس 1999ملف رقم 219313، ، م.ق،2001 ، عدد خاص، ص.39.

2 – محكمة استئناف مكناس،(قضية عدد79/7/303)1980/10/07،مجلة رابطة القضاة،العدد 8و9، ص.155.

الطبيعية ، فإن من حق ورثته استرداد تلك الهدايا ، و بذلك فإن الحكم لهم باسترجاعها أو قيمتها في طريقة لا مطعن فيه.[1]

و في نفس السياق، قرر القضاء الفرنسي إنطلاقاً من م 1088 ق.م.ف إلى أن الهدايا المهمة المقدمة بمناسبة الخطبة و لأجل الزواج ، هي من قبيل الهبات وهي تسترد في حالة عدم إتمام الزواج فعلاً[2].

وبهذا، نكون قد توصلنا إلى أن المشرع الجزائري ساوى بين الرجل والمرأة في الخِطبة. سواءاً من حيث المُبادرة بها، أو حق العدول عنها. الأمر الذي يدفعُنا إلى التساؤل حول ضمان هاته المساواة في الأهلية القانونية لكلا الجنسين. وهو ما سنعالجه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

المساواة في تأهيل الزواج بين الجنسين

العقد مصدر عقده، يعقده بكسر القاف، ويستعمل إسماً فيجمع على عقود، و له معان كثيرة منها الشد و الربط، و هو نقيض الحل ، فيقال عقد الحبل أي شده، التأكيد و الإحكام و التوثيق فيقال:عقد العهد و اليمين أكدهما،العزم و الجمع، و منه قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [3]

و تأسيساً على ذلك، فالعقد قد أُطلق كثيرا على العهد و هو حقيقة فيه أيضا،و لذلك يقول ابن منظور:"العقد هو العهد و الجمع عقود و هي أو كد العهود، فيقال

1 – نقض مدني تونسي، بتاريخ 1982/03/11ملف رقم4146،المجلة التونسية للقانون،1982،ج2،ص209، مقتبس عن بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة وفق آخر التعديلات،المرجع السابق،ص100.

2- "Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas" Modifié par La Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 9 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007.

3 – سورة المائدة، الآية 01.

عهدت إلى فلان كذا و كذا تأويله ألزمته، فإذا قلت عاقدته أو عقدت عليه فمعناه أنك ألزمته ذلك باستيثاق ".[1]

ويُعرف أيضا بأنه:"ما يمسكه و يوثقه، عقدت الحبل عقدا، ومنه قيل عقد البيع و عقدت اليمين، و عقد النكاح ،إحكامه إبرامه، والعقد القلادة، واعتقد كذا عقد عليه القلب و الضمير حتى قيل:العقيدة ما يَدِين الإنسان به"[2]. و منه قوله تعالى ﴿ وَلَا تَعْزِمُواعُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ [3]

وعلى هذا يُسمى العقد و الميثاق عقدا ،لأنه فيه تقوية لما تضمنه، وعزما أكيدا على التقيد به و تنفيذه ،كما سُمي كل ما يفيد التزام الإنسان بعمل شيء أو تركه عقدا،لإن فيه معنى الوجوب المُؤكد.[4]

أما اصطلاحاً فيُعرف العقد على أنه:"توافق إرادتين على إحداث اثر قانوني، سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه"[5]، و إذا كان التعريف عموما من اختصاص الفقه فإن المشرع الجزائري قد عرف العقد في م 54[6]منه . حيث تنص:"العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح،أو فعل ،أو عدم فعل شيء ما". و ما يؤخذ على هذا النص أنه عرف العقد بتعريف الإلتزام[7].

وعلى اعتبار أن القواعد القانونية في العصر الحديث لم تعد مجرد أدوات لتنظيم السلوك الاجتماعي إذ أصبحت أدوات لتنظيم المعارف التقنية المعاصرة،

1- ابن منظور ، لسان العرب، تنسيق علي شيري، الطبعة الأولى، المجلد6، دار إحياء التراث العربي، 1988.

2-مختار الصحاح، باب الدال فصل العين ،ج1،ص.315.

3-سورة البقرة ، الآية 235 .

4- يوسف عبد الفتاح المرصفي، النظريات الفقهية، نظرية العقد، نظرية الحق، نظرية النيابة، ط1، مؤسسة المختار، القاهرة ،2001، ص13و ما بعدها.

5- عبد الرزاق السنهوري ،المرجع السابق،ص.81.

6- معدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 .

7- محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص.42 .

فالقانون يتجاوب بشكل ايجابي مع كل تجديد تقني[1]، فظهر بذلك العقد الإلكتروني و الذي يعرفه بعض الفقه على انه:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، و ذلك بوسيلة قد تكون مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب و القابل"[2]. و عرفه آخر بأنه:" إيجاب يصدر من أحد المتعاقدين، وقبول المتعاقد الآخر ،بقصد إبرام اتفاق بإحدى و سائل الاتصال الحديثة"[3]. و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينظم أحكام العقد الإلكتروني بشكل خاص، مُكتفياً بالإشارة إلى إمكانية إبرامه عبر وسائل الاتصال الإلكترونية[4]. طبقا لنص م 64ق.م:"...وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل". وهذا ما يُؤخذ على المشرع الجزائري. في حين قامت بعض التشريعات المقارنة بتنظيم العقد الإلكتروني كالمشرع الأردني(قانون المعاملات الإلكترونية رقم 84 لسنة 2001)، و المشرع التونسي(قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية الصادرة في2000/08/11)، والمشرع المصري(مشروع قانون المعاملات الإلكترونية لسنة 2001)، و المشرع المغربي(القانون رقم 53/05 المتضمن التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية).

ويُضاف إلى ما سبق، أن للعقد تقسيمات تختلف بحسب الزاوية التي يُنظر منها إليها. و تقسيم العقود عمل فقهي أساساً، لذا فإن بعض التشريعات لا تذكر تقسيمات العقود، و منها القانون المدني المصري[5]. في حين أن القانون المدني الجزائري حذا

1- عجة الجيلالي ،المرجع السابق، ص.64 .

2- إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ، ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي ،2006،ص.5 .

3- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،1997،ص.36.

4- بن عومر محمد الصالح، خصائص العقد الإلكتروني و طبيعته القانونية في التشريع الجزائري و بعض النظم المقارنة، مداخلة في اليوم الدراسي حول الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت ،2012/11/22،بالمركز الجامعي تمنراست .

5- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق،ص111 و ما بعدها .

حذو القانون المدني الفرنسي في تعريف أقسام العقود غير أنه لم يأتِ بتعريف جامع لكل أقسام العقود مقتصرا على ذكر بعض منها فقط[1] (م55-58ق.م).

وفي نفس السياق، و طبقا لمبدأ سلطان الإرادة فإنه لا يمكن حصر العقود في عدد معين لإن الإرادة حرة في إبرام ما تشاء من التصرفات القانونية كأصل عام،الأمر الذي من خلاله ذهب الفقه إلى تحديد ضوابط و معايير يحدد بها طائفة أو نوع من العقود وفق التقسيم التالي : فالعقد من حيث التكوين ينقسم إلى عقد رضائي أو شكلي، أو عيني. و هو من حيث الموضوع إما أن يكون عقدا مسمى أو عقدا غير مسمى، و إما أن يكون عقدا بسيطا أو مختلطا.

ومن حيث الطبيعة إما أن يكون عقدا محددا أو احتماليا، و إما أن يكون عقدا فوريا أو مستمرا و إما أن يكون عقدا أصليا أو تبعياً. أما من حيث الأثر ، فيكون العقد ملزما للجانبين أو ملزما لجانب واحد ، و إما أن يكون عقد معاوضة أو تبرع ، و إما أن يكون عقدا ذاتيا أو اتفاقا منظماً[2].

وتفريعاً عما سبق، يقودنا البحث إلى تحديد الطبيعة القانونية لعقد الزواج في التشريع الجزائري هل هو عقد أو نظام؟ (المطلب الأول)، ومن هم أطراف هذا العقد؟ خاصة في ظل ما يُعرف اليوم في بعض الدول بنظام الزواج للجميع كفرنسا مثلا.(المطلب الثاني)، ثم ندرس بالشرح و التحليل أهمية أطراف العقد، خاصة بعد

1- محمد صبري السعدي،المرجع السابق، ص.50.

2-تجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي يفرق بين الزواج، و عقد الزواج ، فعقد الزواج هو عقد محرر من طرف موظف عام ينظم بمقتضاه زوجا المستقبل علاقتهما المالية فهو ينظم بالخصوص النظام المالي للزوجين مستقبلا. أم الزواج فيقصد به :1 -الحفل و الشكليات الخارجية المحيطة و المصاحبة لإعلان و تعبير الزوجان عن رضاهما.2-خلق رابط يوحد الزوجين و يطلق عليه بعض الفقهاء مصطلح "الزواج المصدر" Mariage-source، فالزواج بهذا المفهوم هو تصرف قانوني يخلق حالة أو وضعية معينة. 3- الحالة: هي الوضعية القانونية المتولدة عن "الزواج المصدر" و التي تُفْرض على الزوجين، انه الزواج الحالة. و عند استعمال مصطلح "الزواج" فان رجال القانون بعنوان الزواج المصدر او الزواج الحالة او الاثنين معا. J.MAZEAUD, Leçons de droit civil ,Les personnes (mariage, filiation incapacités),Editions Montchrestien , 5ème édition, p.48.

توحيد سن الزواج مع سن الرشد في القانون المدني بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري(المطلب الثالث).

المطلب الأول

التكييف القانوني لعقد الزواج

يُعد الزواج من أهم التصرفات التي لقيت اهتماماً بالغاً، لذا تعددت و اختلفت مفاهيمه و تعريفاته باختلاف شتى العلوم و المعارف التي تناولته بالدراسة و التحليل فنجد له تعريفا اجتماعيا و تعريفا قانونيا شرعيا، وهكذا، و لكل تعريف أسسه و ضوابطه و خصائصه. ولقد عرفه الفقهاء المسلمون تعريفات متقاربة خلاصتها أن الزواج هو العقد الذي يحل به استمتاع كل من الزوجين بالآخر[1].

و عقد الزواج هو عقد مدني ، على الرغم من إحاطته بهالة من التقديس كإبرامه في المسجد أو الكنيسة. غير أن مدنية العقد لا تنفي عنه مرجعيته الدينية، ولقد أُعتبر الفقه الإسلامي أول من عَد عقد الزواج عقداً مدنيا صرفاً للأسباب التالية[2]:

1-هو عقد طبقا لما جاء به القرآن الكريم ، مصداقاً لقوله عز وجل ﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾[3].

2-يُشترط في الزواج ما يشترط في العقود المدنية من أهلية و رضى و غيرها.

3-ينظم عقد الزواج علاقة البشر فيما بينهم، ولا ينظم علاقة الإنسان بربه.

4-عقد الزواج عقد مدني لأنه يصح من المسلم و من غير المسلم، ولو كان عقدا دينيا لكان إسلام طرفيه شرطا لصحته كأصل عام.

5-هو عقد مدني لأنه لا يبرم بالإرادة اللإهية ولا ينحل بها، بل يبرم بإرادة طرفيه و ينحل بها.

6-هو عقد مدني لأنه لا يُبرم لدى هيئة دينية كما هو الأمر في الديانة المسيحية[4].

1- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.29. محمد أبو زهرة ،الأحوال الشخصية، المرجع السابق،ص19.

2- عمار عبد الواحد عمار الداودي، المرجع السابق، ص.103.

3- سورة البقرة، الآية 235 .

4 - P.RAYNAUD, Droit civil : Les personnes, 3ème édition, SIREY,1976,p.68 .

هذا، و أن مدنية العقد لا تنفي مرجعيته الدينية، فالزواج قد يكون فرضاً أو واجباً أو مندوبا أو حرام شرعاً، كما تتجلى مرجعيته الدينية في غالبية أحكامه المستمدة من الدين كالموانع الشرعية و الميراث و الطلاق و العدة و غيرها .

والحال هكذا، فقد عرف عقد الزواج خلاف فقهي حول مسألة الطبيعة القانونية له، فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتباره نظام قانوني أو مؤسسة (الفرع الأول)، و ذهب البعض الآخر من الفقه إلى حد تكييفه على أنه عقد (الفرع الثاني)،الأمر الذي دفع البعض الآخر من الفقه إلى القول بأنه عقد و نظام في آن واحد (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الزواج نظام قانوني

يذهب الفقيه ديجيه"Duguit" إلى التفرقة بين العقد الذاتي و الاتفاق المنظم (نظام قانوني)، فهو لا يعترف بصفة العقد إلا للنوع الأول (العقد الذاتي)، أما الاتفاق المنظم فليس في نظره من فصيلة العقود، وإن كان يرجع في تكوينه إلى توافق إرادتين أو أكثر. فيرى ديجيه أن الاتفاق المنظم يشكل مركزا قانونيا منظما ثابتا"Statut" هو أقرب إلى القانون منه إلى العقد، فيسري على الغير كما يسري على الطرفين، كما أنه لا تعارض بين مصالح الأطراف فيه، بل لهم غاية متحدة و غرض مشترك ، مثل ذلك الشركة فلا تناقض فيما بين مصالح الشركاء يماثل التناقض بين البائع و المشتري في عقد البيع. و مثل ذلك عقد الزواج فلا يوجد تناقض بين مصلحة الزوجين[1] .

وتفريعاً عما سبق، فقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار الزواج نظام قانوني أو مؤسسة، حيث يُشير "راينود" إلى أنه :

" La famille conçue comme institution.
-La famille légitime est celle qui a source et fondement dans le mariage . C'est donc à la fois une institution sociale et une institution juridique"[2].

1- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد ، المرجع السابق،ص126وما بعدها.

2 - P.RAYNAUD,Droit civil, Les personnes, Sirey,3ème édition, Paris1976,pp.62-63.

ومن أهم الحجج التي يستند إليها هذا الإتجاه في كون الزواج هو نظام قانوني من حيث الطبيعة القانونية نجد:

1- إن المرأة و الرجل بزواجهما يؤسسان مؤسسة هي الأسرة، والتي لها ذمة مالية خاصة عن الذمة المالية لكل من الزوجين[1]. و إذا كانت الأسرة المؤسسة القانونية، فما على الرجل أو المرأة إلا الانضمام إليها. و الانضمام كونه تصرف إرادي فهو يختلف عن العقد، فالانضمام إلى المؤسسة أو جمعية، أو شركة يعني القبول البسيط وغير المشروط بأحكام قانونها الأساسي، و الأمر ذاته بالنسبة للزوجين، فهما ينضمان إلى مؤسسة الزواج و يقبلان بنظام قانوني دون إمكانية التحوير أو التغيير فيه .

2- الزواج هو مجموعة من القواعد القانونية المفروضة من قبل المشرع، و ما على الطرفين إلا الإذْعان لهاته القواعد وتطبيقها من غير تدخل الإرادة في تغيير أحد الشروط أو تعديل بعض الآثار[2]. وفي هذا الإطار يشير "بونيكاز" إلى أنه:" الزواج مؤسسة وليس عقد"[3].

ولقد وُجهت انتقادات و ملاحظات للاتجاه الفقهي الذي ينفي صفة العقد عند الزواج و يكيفه على أساس أنه نظام قانوني غير أنه من جهة أخرى نجد لهذا الرأي من الفقه مبرراته المقنعة، التاريخية منها و القانونية و الفقهية[4].

و بالرجوع إلى التاريخ نجد أن التيار الفقهي الذي اعتبر الزواج نظام قانوني أو مؤسسة هو تيار مسيحي النشأة، و قد تأسس كرد فعل على المطالبين بإقرار الطلاق. و من بين الحجج التي صاغها أنصار النظام القانوني نجد:

1- P.RAYNAUD,OP.cit ,p.72.

2- تشوار جيلالي ، خواطر حول بعض جوانب في العلاقات الزوجية ،م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2007، العدد الثاني، ص.213.

3 – "Le mariage est une institution juridique , et non pas un contrat "

تشوار جيلالي ، خواطر حول جوانب في العلاقات الزوجية ،المرجع السابق، ص.214.

4- عمار عبد الواحد عمار الداودي، المرجع السابق، ص.112.

1-إن الزواج في الدين المسيحي يعد رباطا أبديا تنشأه الإرادة الإلهية و لا يمكن فصله إلا بالموت أي وفاة احد الزوجين ، طبقا للمبدأ السائد عند المسيحيين "ما جمعه الله لا يفرقه البشر".

2-إن المرأة في القانون الكنسي تفقد شخصيتها القانونية (و خاصة الأهلية و الذمة المالية) بمجرد زواجها، و بالتالي تدخل تحت وصاية زوجها ، أي أن الأمر يصبح عبارة عن مؤسسة قانونية لها ذمه مالية ولها ممثل أو نائب قانوني يعبر عن إرادتها هو الزوج[1].

وإثر هذا، يتضح لنا جلياً أن الزواج في الديانة المسيحية يختلف عن الدين الإسلامي. فالزواج في الشريعة الإسلامية يجوز حله بالطلاق، والمرأة لا تفقد شخصيتها القانونية بمجرد زواجها بل تبقى محافظة على أهليتها ولديها ذمة مستقلة عن ذمة الزوج.

وعليه فإن الفقيه المسيحي هو من يكرس الطابع المؤسساتي للزواج ،عكس الفقه الإسلامي الذي يذهب إلى تكريس الطبيعة التعاقدية للزواج ، الأمر الذي سأعالجه في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

الزواج عقد

ذهب البعض الآخر من الفقه إلى تكييف عقد الزواج على أساس انه عقد و ليس نظام قانوني أو مؤسسة، فهو عقد طبقا لما جاء به القانون المدني من تنظيمه للعقد من حيث التكوين أو من حيث الآثار[2]، ولقد استند الفقه في ذلك على الدور الهام و الفعال الذي تلعبه الإرادة في إنشاء أو تعديل أو إنهاء عقد الزواج[3] .

1 - J.MAZEAUD,Op.cit, p.49.

2- المواد 54-123 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3 - حمدى محمد إسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص32 و ما بعدها.

ويُشير أحد الفقه إلى أن كل المصنفات الفقهية الإسلامية تعتبر الزواج عقدا في تكوينه و قيامه وانقضائه[1].

كما ذهب جانب من الفقه الكنسي[2] إلى اعتبار الزواج بأنه عقد و ليس مؤسسة من منطلق الطلاق، ذلك أن عقد الزواج تُنشأه الإرادة و تُنهيه الإرادة فهو يؤسس على ركن الرضا كغيره من العقود.

هذا، وقد ذهب بعض الفقه الغربي إلى تكييف عقد الزواج الإسلامي بأنه عقد بيع، وفي هذا يقول مارسل موران بأن الزواج في الجزائر ما هو إلا عقد بيع يمتلك

بمقتضاه الزوج زوجته ملكية تامة، وأن الصداق هو ثمن البيع[3]. وينتقد أستاذنا الدكتور تشوار جيلالي هذا الفقه الغربي فيما ذهب إليه معتبراً إياه أن لديه خلفية حاقدة على الإسلام ، فلا القرآن ولا السنة الشريفة و صفت الزواج بأنه عقد بيع، بل كل ما في الأمر أن المقارنة التي جاء بها الفقه الإسلامي بين الزواج والبيع مردها إلى رضائية عقد الزواج خاصة و أن عقد البيع يعد العقد النموذجي لدى الفقه الإسلامي[4].

و تفريعا عما سبق فقد تبنى المشرع الجزائري الطبيعة العقدية للزواج، وهذا للأسانيد التالية :

1- وهبه الزحيلي ، المرجع السابق ،ص29 و ما بعدها

2-.Y.GAUDEMENT, Le mariage , un contrat ,Rev.Se. des sciences sociales et politique ,1995,p.161

نقلا عن، نشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية ،المرجع السابق ،ص.210.

3- وتجدر الاشارة إلى المحاولة التي قام بها العميد مارسيل موران عندما قام بإعداد مشروع قانون قدمه إلى لجنة تقنين الفقه الاسلامي بالجزائر جمع فيه كل أحكام الاسرة على مذهب الامام مالك، غير أن محاولته باءت بالفشل.

. Marcel Morand ,avant projet du code , présenté à la commission de codification du droit musulman algérien Paris,1916 .

وللمزيد حول اعتبار الصداق ثمن عقد بيع أنظر:

D.TCHOUR , Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille , O.P.U,2004,pp12 et s.

4 – تشوار جيلالي ،خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية ،المرجع السابق ، ص.212.

1- المصطلحات المستعملة من قبل المشرع الجزائري في قانون الأسرة تدل بصراحة أنه يتبنى الطبيعة التعاقدية للزواج، حيث تنص م 4ق.أ:"الزواج هو عقد رضائي ..."و م2/7ق.أ:"يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و التزامات " و م 9:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" و تنص م 12ق.م:"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج"

2-إن الأركان والشروط المستوجبة لقيام الزواج من رضا و أهلية و غيرها تدل على أن الزواج عند نشأته هو عقد[1].

3-طبقا لمبدأ سلطان الإرادة فالطرفين لهما حرية تحديد مجموعة من الالتزامـــــات الناشئة عن عقد الزواج تؤكد طبيعته العقدية ، حيث تنص م19ق.أ:" للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية ...".

4-لقد اقر المشرع إمكانية إبطال عقد الزواج مما يحيلنا على نظرية البطلان في العقد[2] ، حيث تنص م 32ق.أ :" يبطل الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد."

5-أغلب الالتزامات تكون متبادلة بين الزوجين، وليست بين كل منهما و مؤسسة الأسرة ففي ظل نظام المؤسسة لا تكون الحقوق و الالتزامات متبادلة بين الشركاء أو الأعضاء، بل تكون بين كل شريك على حدى و المؤسسة كشخص اعتباري مستقل عن شخصية الشركاء وهو ما لايتماشى مع الالتزامات الزوجية، فالزوج مثلا يلتزم بالنفقة تجاه الزوجة و الأبناء وليس تُجاه الأسرة، حيث لا يمكن لمؤسسة الأسرة مقاضاته و مطالبته بدفع النفقة، ونفس الأمر بالنسبة لباقي الالتزامات كتوفير مسكن

1- المواد 9،9مكرر،10من القانون 11/84المعدل و المتمم.

2- المواد من 99 إلى 105 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

الزوجية، أو واجب المعاشرة الزوجية، فهي التزامات بين الزوجين لا دخل لمؤسسة الأسرة فيها[1].

6-أخضع المشرع جريمة الزنا لنظام خاص ، حيث اعتبرها ليست من النظام العام ، بل إخلال بالتزام تعاقدي إذ أعطى المشرع للمتعاقد المتضرر الحرية في إثارة التتبع من عدمه[2] .

7-تعريف المشرع للطلاق بأنه حل عقد الزواج، إذ تنص م 48ق.أ(المعدلة بموجب الأمر 02/05المعدل و المتمم لقانون الأسرة):"...يحل عقد الزواج بالطلاق ..."، فالمشرع من خلال هذا النص يؤكد على اعتبار الزواج بأنه عقد[3]، فلو كان مؤسسة أو نظام لتطرق المشرع إلى وصف انسحاب احد المتعاقدين من عضوية المؤسسة، التي تبقى في غالب الحالات قائمة قانونيا حتى في حالة انسحاب بعض أعضائها.

و بعد هذا الاختلاف الفقهي حول التكييف القانوني لعقد الزواج بين مؤيد لنظرية النظام أو المؤسسة ، و مساند لنظرية العقد ، ذهب بعض الفقه في اتجاه حديث توفيقي إلى اعتتبار عقد الزواج بأنه ذو طبيعة مزدوجة تجمع بين الطابع التعاقدي من جهة و الطابع التنظيمي من جهة أخرى.

الفرع الثالث

الزواج عقد و نظام قانوني في آن واحد

بعد النقد و الملاحظات الموجهة لكلا الاتجاهين، سواء الفقه المؤيد لنظرية العقد،أو المؤيد لنظرية النظام ، تبين قصور كل اتجاه في تكييف الزواج فيما ذهب إليه

1- عمار عبد الواحد عمار الداودي ، المرجع السابق، ص.119.

2- نبيل صقر، الوسيط في جرائم الأشخاص (شرح 50 جريمة ملحق بها الجرائم المستحدثة بموجب القانون01/09)، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 305 وما بعدها.

3- عمار عبد الواحد الدوادي، المرجع السابق ،ص121؛ تشوار الجيلالي ، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية ، المرجع ،ص225 و ما بعدها .

H. DENNOUNI,Les conventions entre époux en droit algérien, pourquoi les conventions et pas contrat ? Revue semestrielle, Editée par le laboratoire de droit privé fondamental , Université Tlemcen, Faculté de droit , 2007, pp.24 et s.

، الأمر الذي دفع بظهور اتجاه حديث يكيف الزواج على أساس انه ذو طبيعة مزدوجة فهو عقد من جهة ونظام قانوني من جهة أخرى.

حيث ذهب "فريدريك دبوف" و"رنود صالمون" و "توماس جانفي" إلى القول بان الزواج عقد و مؤسسة.

فعلى اعتبار إن إرادة كل من الزوجين تساهم في إنشاء و إنهاء عقد الزواج يُكيّف على أساس انه عقد ربما أنه، من ناحية أخرى لا يمكن لإرادة الزوجين إن يعدل أو تغيير في المركز القانوني لهما على اعتبار أنهما ينتميان لأسرة يحكمها النظام العام بقواعد آمرة[1].

و تفريعاً عما سبق، فقد ذهب المشرع إلى التفريق بين الجانبين التعاقدي و التنظيمي للزواج ،حيث ترك الحرية للزوجين في بعض الجوانب من هذا العقد كالحق في إنشاء أو إنهاء عقد الزواج لكنه تدخل في عدة جوانب و نظم هذا العقد بقواعد آمرة لا يجوز للزوجين مخالفتهما، كاختلاف جنس طرفي عقد الزواج، و تحريم زواج المسلمة بغير المسلم، و إلزامية دفع الصداق للزوجة، وإلزامية اعتداد الزوجة بعد حل الرابطة الزوجية و غيرها من المراكز القانونية التي حددها المشرع بقواعد آمرة.

ويُضيف الدكتور تشوار جيلالي القول أنه:" و أمام التعديلات المختلفة لقانون الأسرة ومن ثم لأحكام الزواج فإنه يمكننا أن نتمسك أكثر بالطابع العقدي للزواج أصبح اليوم ظاهر بكل وضوح ،إذ أصبحت حالة الزواج اليوم تظهر بمثابة امتداد للرضا الذي أنشأها لأول مرة ليستمر في مواصلتها وأبديتها"[2]. و نوافق استأذنا فيما ذهب إليه

1- "En réalité ,le mariage participe à la fois du contrat et de l’institution. Le mariage se rapproche naturellement du contrat en ce qu’il nécessite l’accord de volonté d’un homme et d’une femme .Mais ,une fois conclu, le mariage produit des effets qui échappent largement à la volonté des époux :le mariage apparait alors comme une institution qui les dépasse et sur laquelle ils n’ont plus de prise "

نقلاً عن: تشوار جيلالي ، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية ، المرجع السابق ،ص214.

2- تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك ،م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان، ،2012، العدد 12ص7 وما بعدها. إذ يشير الى

خاصة و أن التعديل الأخير لقانون الأسرة جاء لضمان المساواة بين الزوجين قبل و أثناء و بعد الزواج، وهذا تماشياً مع تعديل نصوص قانون الأسرة المتعارضة مع أحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

هذا، و من بين أهم المواضيع التي أخضعها المشرع للنظام التعاقدي في ظل التعديل الأخير نجد :

1-رضى الزوجين في إنشاء عقد الزواج ، حيث تنص م 09ق.أ:"ينعقد الزواج برضا الزوجين" فيتبين جلياً أن المشرع أغفل نظام الولاية في الزواج ، فالمرأة عند إبرامها لعقد الزواج تُحضر معها آي شخص تختاره مهما تكن علاقته معها. و بهذا يكون المشرع الجزائري قد خرج عن أحكام الزواج المتعارف عليها في الفقه الإسلامي، فهو تصريح واضح عن محاكاة المشرع لأنظمة الغرب[1]،التي تفصل الدين عن الدولة وتعتبر عقد الزواج من العقود المدنية الأخرى يخضع مطلقا لمبدأ سلطان الإرادة وهو اتجاه غير صحيح و معيب انتهجه المشرع الجزائري فعقد الزواج ليس علاقة بين شخصين فحسب ، بل هو علاقة بين أسرتين تنصهر هاته الأسرة في مجتمع واحد[2].

2- أجاز المشرع للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق حول تحديد طبيعة النظام المالي لهما[3]، نظام الأموال المشتركة ، أم نظام استقلالية الذمة المالية لهما. و قد أحسن المشرع فيما ذهب إليه من ذلك لتفادي النزاعات بين الزوجين حول

أن فرض اتفاقية السيداو على الدول العربية والاسلامية يكمن في فرض النموذج الاجتماعي الغربي على العالم تكملة للمجاح في فرض النموذج السياسي والاقتصادي وهذه النماذج لا تراعي في تشريعاتها القانونية العوامل الثقافية والدينية المتباينة بين المجتمعات، بل هي تسعى لفرض نموذج أسري حضاري موحد على العالم تلتزم به كل الدزل. وهو ما يسمى بالعولمة القانونية.

1- عيسى جعنيط، المرأة والاسرة الجزائرية في مواجهة التغريب والعولمة، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الانسانية، سبتمبر 2004، العددالثامن، ص93 وما بعدها.

2- رجاء ناجي مكاوي ،المرجع السابق ،ص.10 .

3- تنص م 2/37ق أ :"غير انه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول لكل واحد منهما". حيث جاء في عرض الأسباب المرفقة بالمشروع التمهيدي لقانون الأسرة أن هذه المواد تؤكد على استقلالية الذمة المالية للزوجين طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية .

الأموال المشتركة بينهما[1]. وجلسات القضاء الجزائري تعرف تزايداً مستمراً لهاته القضايا، وذلك نظرا للثقة التي يؤسس عليها عقد الزواج ابتداءاً ، الأمر الذي يجعل الزوجين يعزفان عن اختيار نظام الذمة المالية المستقلة، و عند نشوء النزاع تظهر مشكلة الإثبات خاصة إذا كانت الزوجة قد ساهمت بشكل كبير في إثراء الذمة المالية للأسرة[2].

ولقد كان المشرع التونسي أكثر تنظيما لهاته المسألة من نظيره الجزائري، و الذي بدوره اخذ هاته الأنظمة من المشرع الفرنسي حيث أصدر المشرع التونسي القانون عدد91لسنة1998المؤرخ في 09نوفمبر1998يتضمن نظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، إذ تنص م الأولى منه:"نظام الإشتراك في الأملاك هو نظام إختياري يجوز للزوجين إختياره عند ابرام عقد الزواج او بتاريخ لاحق ..."

3-الإشتراط في عقد الزواج، إذ و طبقا للمادة106ق.م التي تنص :"العقد شريعة المتعاقدين " فقد أجاز المشرع للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يراها احدهما ضرورية بالنسبة له و هذا طبقا للمادة 19ق.أ ، كما رتب المشرع عن مخالفة احد الزوجين لهاته الشروط الحق للطرف الآخر في طلب فك الرابطة الزوجية من غير اعتباره متعسفا في استعمال الحق و هذا طبقا للمواد8مكرر و53من قانون الأسرة[3] .

---

1 – رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص62 وما بعدها؛ هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائرين م.ج.ع.ق.إ.س، 1994، العدد01، ص.164.

2– بن عومر محمد الصالح، القضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير، جامعة بشار،2007،ص64 وما بعدها؛ تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الامر 02/05 المعدل لقانون الاسرة ،م.ع.ق.إ.س،كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2012، العدد 12، ص.80.

3– حسن عبدالغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها دراسة شرعية اجتماعية، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2005، ص29 وما بعدها؛ عبد العزيز سعد، قانون الاسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق،

4-حل الرابطة الزوجية بالتراضي، و هذا تأكيداً على الطابع التعاقدي لعقد الزواج فيخضع بذلك ابتداءاً و انتهاءاً لإرادة الزوجين الحرة و غير المقيدة وذلك لضمان أكثر مبدأ المساواة بين الزوجين في إنهاء الرابطة الزوجية، و هذا طبقا لنص م 48ق. أ :"...أو بتراضي الزوجين..."و الطلاق بالتراضي من شأنه أن يرفع الحرج عن الزوجين معاً، فإذا اشتد الخصام أو الخلاف بين الزوجين، ولم يتمكنا من الإنسجام مع بعضهما، بعد إستنفاذ جميع الطرق اللازمة للصلح بين الزوجين و اتفقا على إنهاء الرابطة الزوجية بطريق ودي فلهما ذلك[1].

وبهذا، فالزواج هو عقد ونظام في نفس الوقت. فيمكن وصفه بأنه عقد من نوع خاص، تسري عليه أحكام خاصة. سنعالج بعضها في المطلب الموالي

المطلب الثاني

المساواة بين طرفي عقد الزواج

إن جنس الأنثى والمقابل لجنس الذكر، كجنسين اثنين متباينين أصل أصيل في تخلق جميع الكائنات الحية بما فيها الإنسان، وذلك ما يثبته القرآن بنصوص قطعية وتثبته الفطرة الواقعية لكل الأحياء إذ يقول تعالى﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَى﴾[2] فالواو العاطفة كما يُشير أهل الاختصاص من علماء اللغة تقتضي مغايرة ما بعدها لما قبلها، فالمعطوف غير المعطوف عليه، إذ لا يمكن أن يُعطف الشئ على نفسه، وعليه فالذكر غير الأنثى، والأنثى غير الذكر فاقتضى عطفها عليه[3]، كما قال تعالى:﴿ وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[1]. وبهذا فإنه لا

ص74،75؛ رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج2، ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص177 وما بعدها.

1- بن شويخ الرشيد، وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر ،م.ع.ق.إ.س،كلية الحقوق ، جامعة تلمسان، 2012،العدد 12، ص107؛ أعمر يحياوي ، المرجع السابق، ص182و ما بعدها .

2 – سورة الحجرات، الاية13.

3 – الشيخ بلحاج بن بابا، كرامة المرأة وحقوقها في الإسلام، قضايا المرأة والأسرة، المرجع السابق، ص554.

معنى للزوجية إلا باختلاف أحد الزوجين عن الأخر في بعض خصائصه ومميزاته ولا يمكن أن يكونا شيئاً واحداً مكررا أو متعدداً متماثلين في كل شئ، وهذا ما يدعوا له دُعاة المطالبين بالمساواة المطلقة بين الجنسين في كل شئ فهم بهذا يتجرأون على فطرة الله التي فطر الناس عليها، وفي هذا يقول تعالى﴿ إِن يَدْعُونَ مِن دُونِهِ إِلَّا إِنَاثًا وَإِن يَدْعُونَ إِلَّا شَيْطَانًا مَّرِيدًا ﴾[2].

ونظراً لما يعرفه العالم اليوم من تطور مُذهل ومُتسارع في شتى العلوم، وخاصة الطبية والبيولوجية منها، فلقد ألقى هذا التطور بظلاله على مؤسسة الأسرة في ظل ظهور الاستنساخ البشري، وتغيير الجنس، والتلقيح الاصطناعي... وغيرها من الوقائع العلمية المستجدة، خاصة وأن بعض التشريعات الغربية أقرت مسألة تغيير الجنس داخل الأسرة طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي تصبح الأسرة مكونة من زوجين لهما نفس الجنس، ذكرين أو أنثيين، كما أقرت بعض التشريعات المقارنة ما يسمى بالزواج للجميع.الأمر الذي سنعالجه في الفروع الموالية، الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي (الفرع الأول)، ثم الإختلاف في الجنس بمعناه البسكولوجي (الفرع الثاني)، ثم الزواج من نفس الجنس(الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي

تعتبر الزوجية من سنن الحياة، التي لا يشذ عنها عالم الإنسان أو الحيوان أو النبات مصداقاً لقوله تعالى:﴿ وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[3]". وهي الوسيلة التي اختارها الله لضمان التناسل وبقاء النوع الإنساني، بعد أن خلق الذكر والأنثى، وهيأهما لكي يقوم كل منهما بدوره في تحقيق هذه الغاية.

1 – سورة الذاريات، الآية 49.

2 – سورة النساء، الآية 118.

3 – سورة الذاريات، الآية 49.

ولم يترك الله عز وجل الاتصال الطبيعي بين الرجل والمرأة بدون تنظيم على غرار باقي المخلوقات، و الإ اختلطت الأنساب وفَنيت الأُسر، وإنما وضع النظام الذي من خِلاله يحفظ شرف الإنسان ويبقى النوع الإنساني، ألاَ وهو مؤسسة الزواج.[1]

أولاً- حالة الشخص العادي من حيث التكوين الجنسي

ونستهل هاته النقطة بإبراز معايير التمييز بين الذكر والأنثى في الشرع والطب

أ- معايير التمييز بين الذكر والأنثى في الفقه الإسلامي

صنف فقهاء الشريعة الأسس التي يُميز بها بين الجنسين وفق مايلي:

1- العلامات الخاصة بجنس الذكر: 1-البول من الذكر. 2-خروج اللحية. 3-الإمناء بالذكر. 4-تمكنه من الوصول إلى المرأة أثناء الجماع[2].

2- العلامات الخاصة بجنس الأنثى: 1-البول من الفرج. 2-ظهور الثدي، وخروج الحليب. 3-الحيض.4-الحمل والولادة[3].

وغالب هاته العلامات تظهر بعد مرحلة البلوغ، باستثناء البول الذي من خلاله يمكننا معرفة جنس المولود.

ب-معايير التمييز بين الذكر والأنثى في الطب

يعمل الأطباء إلى تمييز جنس الشخص إلى ثلاث معايير.

1- الصبغيات (الكروموسومات)

جنس الذكر لديه صبغي(XY)، وجنس الأنثى(XX)

2- الغدد: نوع الغدة عند الذكر تتمثل في الخصية، في حين عند الأنثى تتمثل في المبيض، ويتضح نوع الغدة عند الجنين منذ الأسبوع السادس من الحمل[4].

1 – محمد عبد الحميد أبو زيد، مبدأ المساواة بين الجنسين شرعاً ووضعاً، 2004، ص.298.

2 – موقع الطبيب المسلم WWW.MUSLIMDOCTOR.ORG

3 – موقع الطبيب المسلم WWW.MUSLIMDOCTOR.ORG

4 – عبد الحفيظ أوسكين، النظام القانوني للإنسان قبل ولادته، قانون الأسرة والتطورات العلمية، المرجع السابق، ص.9؛ زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1997، ص.313.

3- الأعضاء التناسلية: تتكون أعضاء الذكر الباطنة من الحبل المنوي والحويصلة المنوية والبروستاتا وغدد كوبر، في حين تتكون أعضاء الأنثى الباطنة من المبيضان والرحم وقناتي الرحم والمهبل[1].

وعليه لا ينشأ عقد الزواج إلا إذا اختلف جنس[2] طرفيه. فاختلاف الجنس ركن من الأركان الجوهرية في عقد الزواج، وهو ما يُطلق عليه الركن البيولوجي[3] وهو ما يُؤخذ على المشرع الجزائري حيث لم ينص عليه صراحة في م 09 ق.أ لكنه يُستشف من نص م4:"...يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي". وبالتالي لا يمكن إضفاء صفة الزوجية على أي عقد أو علاقة قائمة بين شخصين من نفس الجنس، حيث تعد علاقة غير شرعية[4]يعاقب عليها القانون، إذ تنص م338 ق.ع:"كل من ارتكب فعلاً من أفعال الشذوذ الجنسي على شخص من نفس جنسه يُعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500دج إلى 2000دج....."

ثانياً- حالة الشخص غير العادي من حيث التكوين الجنسي(الخنثى)

الخنثى هو أن تبرز في الشخص الواحد سمات الذكورة والأنوثة في آن واحد، أو لا يكون له شئ منهما أصلاً[5]. وهو نوعان واضح ومشكل، أما الخنثى الواضح فهو من ترجحت فيه صفة الذكورة أو الأنوثة فيه، كأن تزوج فولد له ولد، فهذا رجل قطعاً، أو تزوجت فحملت فهي أنثى قطعاً[6]. أما الخنثى المشكل فهو الذي لا تتضح فيه ذكورة الشخص من أنوثته بأي أمارة معينة. وبتقدم العلم والطب يجوز إنهاء هذا الإشكال بالجراحة، أو بالهرمونات بإظهار الجنس الغالب لديه من ذكورته أو أنوثته، ولا يتأتى

---

1 – زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، المرجع السابق، ص.314.

2 – تنص م 63 من قانون الحالة المدنية:"يبين في عقد الميلاد يوم الولادة والساعة والمكان وجنس الطفل....".

3 – الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص.29.

4 - GH. BENMELHA, Eléments du droit algerien de la famille, tome 1er, O.P.U.p.44.

5 – تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تُجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001،ص.16.

6 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص.125.

ذلك إلا بعد فحص طبي معمق. وبالتالي يتم تصحيح أعضائه التناسلية وكذا عقوده المدنية[1].

وتفريعاً عما سبق، إذا كان الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي خاصة من ناحية الخنثى المشكل، يستوجب منا تصحيح الحالة الجنسية للشخص حتى يصير إما ذكراً أو أنثى، فإن الإشكال يثور أيضاً في حالة وجود اضطرابات نفسية داخلية لدى الشخص، هل يُستجاب لطلبه في حال طلبه تغيير جنسه أما لا؟

الفرع الثاني

الاختلاف في الجنس بمعناه البسكولوجي(LE TRANSSEXUALISME)

إذا كان الخنثى يعاني من غموض جنسي طبيعي فسيولوجي(حيث يزول هذا الغموض بإجراء عملية جراحية)، فإن المقاطع الجنسي[2] على العكس من ذلك، حيث تتضح فيه معالم الذكورة أو الأنوثة بشكل واضح وجلي، غير أنه يشعر نفسياً بأنه ينتمي إلى الجنس الآخر، فيتوهم أنه أنثى في شكل ذكر أو العكس.

أولاً – التشريع الفرنسي:

تباينت الآراء في أوساط الفقه وأروقة القضاء في فرنسا حول تغيير جنس المُقاطع الجنسي. حيث ذهب فريق من الفقه إلى رفض الفكرة بشكل بات، فلا مسوغ لتغيير الشخص جنسه في المستقبل، بينما تقبلها البعض الأخر من الفقه بشئ من المرونة لتجنب الشخص المُعاناة النفسية[3].

أما بشأن القضاء الفرنسي فقد عرض على محكمة النقض ثلاث قضايا[4]، حيث صدر قرار محكمة النقض في قضية المدعو(M.A) في 1975/12/16 بعدم جواز تغيير الجنس ذلك أن مبدأ ثبات الحالة من النظام العام ولا يجوز أن تتغير هذه الحالة

1 – بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1993، العدد18، ص73. مقتبس عن: بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص.125.

2 – منادي مليكة، المرجع السابق، ص252 وما بعدها.

3 – تشوار جيلالي، الجنس الزواج والقانون، م.ج.ع.ق.إ.س، 1995، العدد4، ص.815.

4 – علي علي سليمان، تعليق على حكم في قضية تغيير الجنس، م.ج.ع.ق.إ.س، 1996، العدد4، ص615 .

على اثر عملية جراحية غيرت معالم الجنس تغيير اصطناعياً وأن حالة الإنسان الجنسية تتحدد نهائياً منذ ميلاده[1]. و بقت محكمة النقض على رأيها في قضية (N.B) في 1987/03/31 حينما قضت بأن الجنس يتحدد ليس فقط بالمعالم الحيوية، بل وبالمعالم النفسية أيضاً، وأن المدعي(N.B) على الرغم من تناوله الهرمونات الأنثوية، على الرغم من قيامه بناءا على طلبه لإجراء عملية جراحية غيرت من جنسه تغييراً اصطناعياً، فإنه مازال يتسم بمعالم الذكورة، وأن حالته الجنسية الحالية ليست نتيجة عناصر سابقة على العملية الجراحية التي أجريت له بناءا على طلبه لا لمعالجة مرض عنده، ولا لضرورة علاجية، بل لمجرد تغيير جنسه، وأن ثبات الجنس واستقراره مسألة تتعلق بالنظام العام[2].

وينتقد الدكتور تشوار جيلالي الأساس الذي استندت إليه محكمة النقض في هذين القرارين والمتمثل في النظام العام، ذلك أن مبدأ النظام العام في حد ذاته إرادي قابل للتغيير، فما كان يعد من النظام العام في الخمسينيات خرج من دائرة النظام العام الحالي[3]. ففكرة النظام العام فكرة مرنة ومطاطة.

ولقد لقيت محكمة النقض معارضة شديدة من طرف المحكمة الاروبية لحقوق الإنسان والحريات العامة، ووصفتها بأنها تجاهلت اتفاقية حقوق الإنسان الاروبية ، وأصدرت حكماً بتاريخ 1987/10/17 أشارت فيه إلى أن :"إن تغيير الجنس لا

1 - C. Cass, ch. Civ, 16/12/1975, Bull. Civ, no374-376, p. 312-314; D. 1976, 2, p.397. مقتبس عن: تشوار جيلالي، عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الاسرة، المرجع السابق، ص.97.

2 – صدر حكم الدائرة المدنية الاولى في 1987/03/31 ونشر في دالوز سنة 1987 برقم 445. مقتبس عن: علي علي سليمان، المرجع السابق، ص621،622.

3 – تشوار جيلالي،الزواج والطلاق تُجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.23.

يتعارض لا مع نص م 1/8[1] من الإتفاقية الأروبية لحقوق الإنسان، ولا مع نص م 12من هذه الاتفاقية."[2]

كان هذا موقف محكمة النقض الفرنسية قبل 1992، غير أنها عَدَلَتْ عن موقفها وذلك بالسماح للمقاطع الجنسي بتغيير جنسه فقد أصدرت قراراً لها في قضية المدعو(René) في 1992/12/18 قضت فيه بأن:"إن المادتين 1/8 و12 من اتفاقية حقوق الإنسان وم 9 من القانون المدني(وهي تنص على أن لكل إنسان الحق في أن تحترم حياته الخاصة)، وكذلك م 57 من هذا القانون(وهي تنص على قيد المولود في سجل الحالة المدنية) كل هذه النصوص يُستخلص منها أن للإنسان الحق في تغيير جنسه حتى ينسجم جنسه الظاهر مع جنسه الحقيقي."[3]

وقد انتقد الفقه في فرنسا هذا التراجع لمحكمة النقض عن موقفها الأول، ورأوا أن المحكمة الاروبية قد ضغطت عليها رفقة المنظمات المُنادية بالحريات الفردية دون ضابط أو قيد[4].

فبطبيعة الحال هذا أمر مُخالف لطبيعة البشر ومنافٍ للأخلاق والدين، لكن فرنسا والغرب عموماً ذهبت إلى أكثر من ذلك اليوم كما سنوضحه لاحقاًتحت مُسميات حقوق الإنسان، والمساواة المطلقة وغيرها من الشعارات الفردية.

ثانياً- التشريع المصري

ذهب بعض الفقه في مصر إلى القول بجواز تغيير الجنس، مُستندين في ذلك إلى أنه مجرد الكشف والإعلان عن الجنس الحقيقي للشخص. وعيه إذا شخص رجال الطب الجنس الفعلي للشخص، ترتب عن ذلك تغيير أعضائه التناسلية وهو أمر مُباح

1 – تنص م 1/8من الاتفاقية:"إن لكل إنسان الحق في أن تحترم حياته الخاصة والعائلية". و تنص م 12 منها :"أن للرجل والمرأة البالغين الحق في الزواج وتكوين أسرة طبقاً للقوانين التي تنظم هذا الحق".

2 – قضاء محكمة حقوق الإنسان، ط2، 1989، ص.295.

3 – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.615.

4 – منادي مليكة، المرجع السابق، ص253.

شرعاً وتشريعاً[1]. ولقد أفتى الشيخ عبد الله المشاد بتغيير الجنس وأضفى عليه الصفة الشرعية إذا اقتضاه أمر طبيعي، بمعنى أن يكون حتمي بحكم الطبيعة، وأن التغيير الذي يتم بدون هذا التحثيث يعد محرم شرعاً[2].

كما كان للقضاء المصري دلو في هذا الأمر حيث قضى بتغيير الجنس، وذلك في قضية المدعو (سالي) سنة 1989 معللاً حكمه بأنه استنتج من آراء الأطباء المختصين في ميادين مختلفة بأن (سالي) كان حقاً يُعاني من اضطرابات في ذاتية جنسه وتأنث نفسي وأن الطب قد عبر عن عجزه في هذه الحالة على شفائه مما جعل ذلك التغيير مفروضاً بحكم الطبيعة والاعتراف به أمراً ضرورياً[3].

ونحن نؤيد هذا القرار ذلك انه أُسس على اعتبارات علمية علاجية، ولم يؤسس على نزوات نفسية عارضة.

ثالثاً– التشريع الجزائري

كأصل عام لم يُنظم المشرع الجزائري مسالة تغيير الجنس بنصوص محددة على الرغم من الثورة البيولوجية الحديثة[4] ، ولم يتناول الفقه الجزائري بشكل مستفيض الموضوع، ونفس الأمر بالنسبة للقضاء[5]. غير أن الظاهرة قد بدت تنتشر في أوساط

---

1 – تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل تغيير الجنس والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.إ.س، 1998، العدد4، ص.33.

2 – تشوار الجيلالي،الزواج والطلاق تُجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.28.

3 – غير أن القضاء المصري حدد شروط وضوابط لتغيير الجنس أبرزها: العقم والعزوبة، وبلوغ سن الرشد. أنظر: تشوار الجيلالي، الزواج والطلاق تُجاه الاكتشافات الحديثة، المرجع السابق، ص31،30،29.

4 – خلافي ربيعة، الإشكالات القانونية التي تثيرها عملية التصرف الواردة على جسم الإنسان، مجلة الحجة، تلمسان، ، جانفي 2012، العدد3ص133.

5 – كان للقضاء التونسي موقف من المسألة، حيث أصدرت محكمة استئناف تونس قرار بتاريخ 1992/12/22 جاء فيه:"فإذا ما قام به الشخص لا يعتبر حالة من حالات الضرورة، التي تخول له تغيير جنسه، وكان بإمكانه التداوي لدى طبيب نفساني لكسب توازن في شخصيته. بل تسرع لإجراء عملية للحصول على تغيير اصطناعي في جنسه، فإنه يكون قد خالف الموروث الحضاري والأخلاقي لهذه الأمة، وهو ما يُعبر عنه قانوناً بالنظام العام والأخلاق الحميدة. وأن دور القضاء ليس إقرار الحق بصفة مطلقة، بل إقرار الحق المطابق للقانون والنظام العام....فإن تغيير الجنس بصفة إرادية وتلقائية يتنافى وأحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام وما استقر عليه العلم حالياً، إذ أنه من الثابت علمياً أن مختلط الجنس لا يمكن له أن ينتمي لجنس معين ولا يمكنه الزواج". أنظر:

المجتمع الجزائري اليوم، الأمر الذي يتوجب من خلاله تقنين المسألة من طرف المشرع الجزائري، خاصة والمجتمع الجزائري بدأ يعرف تنامي بعض الظواهر الغربية والغريبة عن أصالته وثقافته الإسلامية[1].

ويرى بعض الفقه أن استقرار الجنس وثباته مسألة تتعلق بالنظام العام ، ويتوجب التفرقة بين وضعين للإنسان، مركزه بصفته فرداً وكائناً حي، ومركزه بصفته عضو في مجتمع يعيش فيه كجزء منه. فطبقاً للمركز الأول الشخص حر في التصرف في جسمه كأن يجري عملية جراحية لتجميل وجهه مثلاً، لكن بالمقابل على اعتباره يعيش في وسط المجتمع لا حرية له في تغيير جنسه من غير مسوغ شرعي أو قانوني، لأن في ذلك مساس بمؤسسة الزواج وبالتالي يضطرب المجتمع وينحل[2].

وفي نفس الإطار يضيف الدكتور تشوار أنه يتوجب على القضاء الجزائري إذا ما عُرض عليه طلب تغيير الجنس أن يطبق القانون بحزم ويرد هذا الطلب مؤسساً رأيه بمبدأ عدم المساس بجنسه، ذلك أن الشخص يعيش كيفما خلقه الله، فالمستحسن من الوجهة الطبية والبيولوجية ليس المستحسن من الوجهة التشريعية[3]. ولا يجوز تبعاً لذلك للقاضي بدافع الاستحسان البيولوجي أن يحل محل المشرع ويقضي على أساس ما يجب أن يكون التشريع[4].

محكمة استئناف تونس، 1992/12/22، قرار عدد10، 298، مجلة القضاء والتشريع، 1994، عدد01، ص109 وما بعدها. أخذاً عن: تشوار جيلالي،عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق ، ، 2008، العدد03ص.99. ويكمن القول هنا أن المحكمة قد أصابت فيما ذهبت إليه، فلا اعتبار للنزوات النفسية في طلب تغيير الجنس.

1 – مراد بدران، دسترة الإسلام في الجزائر، الأسباب وبعض النتائج،، م.ع.ق.إ.س،تلمسان، 2013، العدد12، ص.276.

2 – علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.617.

3 – تشوار جيلالي،الزواج والطلاق تُجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، المرجع السابق، ص.44.

4 – على العكس من ذلك الأنظمة الانجلوساكسونية التي تعرف نظام السابقة القضائية.

وعليه، وتبعاً لخصوصية المجتمع الجزائري الإسلامية[1] فإنه لا مناص من حظر ومنع كل ما يتعلق بطالبي تغيير الجنس اعتباطاً، لأن في ذلك خروج عن النص الشرعي، حيث يقول تعالى ﴿فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى ﴾[2]. وقوله ايضاً: ﴿ فِطْرَتَ اللَّهِ الَّتِي فَطَرَ النَّاسَ عَلَيْهَا لَا تَبْدِيلَ لِخَلْقِ اللَّهِ ﴾"[3]. وقوله عز وجل: ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِن فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾"[4] وقوله أيضاً:" وَلَا يَحِيقُ الْمَكْرُ السَّيِّئُ إِلَّا بِأَهْلِهِ فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا سُنَّتَ الْأَوَّلِينَ فَلَن تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَبْدِيلًا وَلَن تَجِدَ لِسُنَّتِ اللَّهِ تَحْوِيلًا [5].

فيتوجب أن يتحمل كل من الرجل ذكورته، والمرأة أنوثتها، ثم أن نص م 57 ق.ح.م تجيز تعديل عقود الحالة المدنية شريطة توافر المسوغ المشروع.

وبالتالي فزواج المقاطع الجنسي، كما في حالة الجزائريين الذين أجروا هذه الجراحة في الخارج ثم عادوا للجزائر للمطالبة بالزواج، باطل بطلاناً مطلق لانتفاء الركن البيولوجي[6].

وطبقاً لمبادئ الحرية والمساواة التي تنادي بها المجتمعات الغربية الفردية الهوية، فقد ظهر إلى الوجود ما يسمى بالزواج المثلي، أو الزواج من نفس الجنس.

الأمر الذي يقودنا إلى البحث عن كيفية تأسيس أسرة من نفس الجنس، خاصة ونحن نعرف اليوم ما يسمى بالعولمة القانونية[1].

---

1 – مراد بدران، المرجع السابق، ص.282.

2 – سورة القيامة، الاية39.

3 – سورة الروم، الآية 30.

4 – سورة النساء، الآية 32.

5 – سورة فاطر، الآية 43.

6 – أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة، المرجع السابق، ص20؛ منادي مليكة، المرجع السابق، ص.256.

الفرع الثالث

المُغالاة في المساواة بين الجنسين في تأسيس الأسرة

يتفق الفقه على اعتبار التقدم الاجتماعي(المنفعة العامة) من أهداف القانون التي يسعى إلى تجسيدها، إلى جانب كل من العدالة والأمن القانوني. ويختلف في المقابل عن تحديد ماهيته ومضمونه وكيفية تحقيقه، فما يُعد من النظام العام في مجتمع معين يُعد خارج نطاق النظام العام في مجتمع آخر. الأمر الذي من خلاله

يتوجب تحديد ماهية التقدم الاجتماعي في كل نظام قانوني على حدى مع مراعاة تعاقب الأزمنة واختلاف الأمكنة.

فالنظرة الغربية ترى انه يتوجب على القانون أن يتماشى والتطور الاجتماعي، ويعبر من خلال ذلك عن رغبات الإفراد فيه، وبالتالي عدم مخالفة حرياتهم ولو كان ذلك منافيا لمبادئ القانون الطبيعي، على العكس من ذلك الشريعة الإسلامية التي جعلت ضوابط صارمة لكل من الفرد والمجتمع توازن بين مصلحة الجميع[2].

فكما تمت الإشارة إليه فأن مؤسسة الزواج هي المؤسسة الشرعية والقانونية الوحيدة التي تؤسس عليها الأسرة، ذلك أن نظام الأسرة في الشريعة ليس مجرد تنظيم لعلاقة الرجل بالمرأة وما يترتب عن هذه العلاقة من حقوق وواجبات لهما أو عليهما، بل إن نظام الأسرة هو جزء من نظرة الإسلام للخلق وللكون، فهو نظام جامع لكل

---

1 – تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع والتمسك، م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012، العدد12،ص7 وما بعدها. إذ يشير االدكتور إلى أن فرض اتفاقية السيداو على الدول العربية والإسلامية يكمن في فرض النموذج السياسي والاقتصادي، وهذه النماذج لا تراعي في تشريعاتها القانونية العوامل الثقافية والدينية المتباينة بين المجتمعات، بل هي تسعى لفرض نموذج أُسري حضاري موحد على العالم تلتزم به كل الدول، وهو ما يسمى بالعولمة القانونية؛ أنظر ايضاً: زقور أحسن، العولمة وحقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية وإعلان الأمم المتحدة، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران ، أكتوبر 2004،،العدد11، ص.297.

2 – محمد بن حمو، الغرب والإسلام مجهودات جبارة لتغيير ثقافي يخدم طموحات الغربيين، مجلة الحضارة الإسلامية، المرجع السابق، ص.407.

أسباب الخير، دافع لكل أسباب الشر للإنسان والمجتمع. والناظر إلى مفردات هذا النظام يُلاحظ جلياً إحكام البناء، وتوافق النتائج مع المقدمات، وتسلسل العناصر وتتابعها في نسق لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه[1].

هذا، وفي ظل ما يُعرف اليوم بالعولمة القانونية التي يسعى من وراءها النموذج الاجتماعي الغربي في فرض نفسه على العالم، تكملة للنجاح في فرض النموذج السياسي والاقتصادي ، حث على إعادة النظر في أشكال الأسرة المعاصرة، وذلك بقبول الأسرة المكونة من نفس الجنس (الزواج المثلي)[2]. من منطلق أن الزواج أصبح يقوم على الحب وليس على أساس التناسل وحفظ النوع الإنساني[3].

وتفريعاً عما سبق، وحتى لا يصطدم القانون بالتطور الذي يعرفه المجتمع الغربي، وطبقاً لمبدأ المساواة المطلقة بين الجنسين تم تقنين وتنظيم الزواج من نفس الجنس وتم اعتباره علاقة قانونية كمؤسسة الزواج العادية. فنجد من بين الدول الغربية التي أقرت زواج المثليين: الدنمارك أول بلد في العالم سمح بالارتباط المدني للمثليين عام 1989 وفي حزيران 2012 سمح لهم بالزواج في كنيسة الدولة اللوثرية. هولندا: بعد أن اعتمدت شراكة مفتوحة للمثليين عام 1998 كانت هولندا أول بلد يقر الزواج المدني لمثليي الجنس في نيسان 2001. ولمثليي الجنس في هذا البلد نفس التزامات وحقوق الأزواج العاديين ومن بينها الحق في تبني اطفال، وبلجيكا: زواج المثليين مسموح به في هذا البلد منذ حزيران 2003 .وللزوجين المثليين نفس حقوق الزوجين المختلفي الجنس الا في مجال التناسل. وفي عام 2006 حصلوا على حق التبني،

1 – سعاد ابراهيم صالح، قضايا المرأة المعاصرة رؤية شرعية ونظرة واقعية، ط1، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2008، ص.09.

2 – يجرم المشرع الجزائري مثل هذه التصرفات المخلة بالحياء حيث تنص م 333 ق.ع :" يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 500 إلى 2.000 دج كل من ارتكب فعلا علانيا مخلا بالحياء.

–وإذا كان الفعل العلني المخل بالحياء من أفعال الشذوذ الجنسي ارتكب ضد شخص من نفس الجنس تكون العقوبة بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.000 إلى 10.000 دج".

3 – تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص.09.

اسبانيا تم تشريع زواج المثليين في تموز 2005. ويمكن أيضا لهؤلاء سواء كانوا متزوجين أم لا تبني أطفال، و كندا: دخل قانون زواج المثليين والتبني حيز التنفيذ في جويلية 2005. وكانت معظم الأقاليم الكندية تسمح بالفعل بزواج مثليي الجنس، وجنوب إفريقيا أصبحت جنوب إفريقيا في تشرين الثاني 2006 أول بلد إفريقي يسمح لشخصين من الجنس نفسه بـ"الزواج" أو "المشاركة المدنية". ويمكن أيضا لهؤلاء تبني الأطفال، والنرويج صدر في كانون الثاني 2009 قانون يساوي بين المثليين والمغايرين جنسيا في الزواج والتبني وأيضا في المساعدة على الإنجاب. وكان هذا البلد يسمح بالشراكة المدنية منذ 1993 ، والسويد يسمح هذا البلد منذ ايار 2009 للمثليين بالزواج المدني. وكان مسموح لهم منذ عام 1995 بالارتباط بـ"شراكة". ويسمح للجميع بالتبني منذ 2003 ، والبرتغال عدل قانون صدر في حزيران 2010 تعريف الزواج ملغيا الإشارة إلى "اختلاف الجنس". لكنه لا يسمح للمثليين بالتبني، وايسلندا دخل القانون الذي يشرع زواج المثليين حيز التنفيذ في حزيران 2010 وكان مسموحا منذ عام 1996 بارتباط المثليين لكن لم يكن يسمى زواجاً. ويسمح لهؤلاء بالتبني منذ 2006. و الأرجنتين في حزيران 2010 أصبحت الأرجنتين أول دولة في أميركا اللاتينية تسمح بزواج المثليين الذين يتمتعون بنفس حقوق الأزواج العاديين ومنها التبني. الاورورغواي أصبحت في نيسان 2013 ثاني بلد في أميركا اللاتينية يسمح بزواج المثليين. نيوزيلاند: اقر النواب في نيسان 2013 زواج المثليين بعد أكثر من ربع قرن على عدم تجريم المثلية الجنسية عام 1986. وتسمح نيوزيلاند للمثليين بالارتباط المدني منذ 2005. في البرازيل سمح مجلس القضاء الوطني في 14 ايار عمليا بزواج المثليين مستبقا البرلمان الذي يتلكأ منذ سنوات في اتخاذ موقف في هذا الشأن.

وتسمح بلدان أخرى بزواج المثليين في أجزاء فقط من أراضيها مثل المكسيك. وينتظر أن تنظر المحكمة الأميركية العليا في هذه القضية الحساسة حيث لا يسمح بزواج المثليين على المستوى الفدرالي، لكنه مشروع في تسع من الولايات الأميركية

الخمسين، منها نيويورك ومain وماريلاند وفي واشنطن الولاية والعاصمة. وفي بريطانيا اقر النواب في شباط 2013 مشروع قانون يسمح بزواج المثليين. ويتعين أن تبحث مجموعة من البرلمانيين هذا النص قبل إحالته إلى مجلس اللوردات[1].

أما بعض الدول الأخرى فلم تعترف بزواج المثلين لكنها تقر زواج من نوع أخر يطلق عليه الميثاق المدني للتضامنPACS، كألمانيا(2001)، انجلترا(2004)، وجمهوريةالتشيك(2006)، وسويسرا(2007)، وايرلندا(2010).

في حين لم توافق بعض الدول الأخرى لا على زواج المثليين، ولا على الميثاق المدني للتضامن PACS كإيطاليا، اليونان ورومانيا[2].

هذا، وقد كان المشرع الفرنسي في أول الأمر يعرف ما يُسمى بPACS [3] الميثاق المدني للتضامن حيث تعرفه الماددة1/515 من القانون المدني الفرنسي:

"un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organise leur vie commune. "

فبتاريخ 1999/11/15 أصدر المشرع الفرنسي قانونا يحمل رقم 99-944 يسمح بموجبه لشخصين من جنس مختلف، أو من جنس واحد أن يبرما ميثاقاً لتنظيم حياتهما المشتركة، أو بعبارة أخرى يمكن لرجل وامرأة غير متزوجين او لشخصين من جنس واحد ان يبرما عقداً للعيش معاً وبالتالي الاستفادة من بعض الحقوق التي يخولها القانون للمتزوجين رسمياً. فهذا القانون جاء للقضاء على القيم الدينية والأخلاق الحميدة باسم الحرية الفردية والمساواة بين الأشخاص في المجتمع في فرنسا.[4]

1 – جريدة النهار اللبنانية، الدول التي تسمح بزواج المثليين، اوت2013.

2 – تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص.09.

3 - C. RENAULT – BRAHINSKY, Droit de la famille, 2éme ,édition, Gualino éditeur, Paris,2006, pp.283 et s.

4– محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، ط1،المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب،2001، ص.129.

وبالمقابل يعد تعدد الزوجات في فرنسا جريمة يعاقب عليه القانون الفرنسي، تتقادم بمرور ثلاث سنوات ابتداءاً من تاريخ ابرام الزواج الثاني.[1]

و بمجئ الرئيس الفرنسي "فرنسوا هولاند" إلى سُدة الحكم في فرنسا، أقرت فرنسا زواج المثليين في 2013/05/18، وذلك في إطار ما يُعرف بمبدأ الزواج للجميع[2]

غير أنه تجدر الإشارة إلى أنه صدرت بتاريخ 29 ماي2013 مذكرة موقعة من وزيرة العدل "كريستين توبيرا"، توضح أن مواطني 11 بلدا لا يحق لهم الزواج المثلي. وهذه الدول هي : تونس والجزائر والمغرب وبولندا وبوسنا والهرسك ومونتينيغرو وصربيا وكوسوفو وسلوفينيا وكمبوديا ولاوس. وجاء في المذكرة "في حال التفكير في زواج بين شخصين من نفس الجنس، وإذا كان أحدهما مواطن إحدى هذه البلدان، فلا يمكن لضابط الحالة المدنية أن يعقد قرانهما[3]". ووراء هذه المذكرة، الاتفاقيات التي عقدتها فرنسا مع هذه البلدان ومعظمها من المستعمرات السابقة[4]، وتقضي هذه الاتفاقيات بأن تخضع شروط الزواج لقوانين البلاد التي يحمل كل من الزوجين جنسيتها. ويقول "متياس أوديت" وهو أستاذ في الحقوق بجامعة باريس لفرانس 24: "عقدت فرنسا بعض هذه الاتفاقيات بعد نهاية الاستعمار في ستينات القرن الماضي". وكان هدف هذه الاتفاقيات احترام الهوية الدينية لتلك البلدان.

ولقد قضت المحكمة الأروبية في وقت سابق، بمقتضى قرار لها في 1986/10/17 في قضية(Rees) ضد المملكة المتحدة بأن م 12 من الاتفاقية الاروبية لحقوق الإنسان عندما تضمن الحق في الزواج، إنما تستهدف الزواج التقليدي بين أشخاص ذوي جنس بيولوجي مختلف. وقضت محكمة العدل الأروبية في قرار لها

1- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص221 وما بعدها.

2 – لقي هذا القانون رفضاً من قبل ناشطين مقرّبين من اليمين الفرنسي وجرت مظاهرات مناهضةً له.

3 – جريدة الشروق الجزائرية، 2013/06/27.

4 – جريدة الشروق الجزائرية، 2013/06/27.

بتاريخ 1998/02/17 في قضية (Grant)، بأن العلاقات المستقرة بين شخصين من جنس واحد لا يمكن أن تقارن بالعلاقات بين أشخاص متزوجين[1].

فهكذا يتضح لنا أن أروبا بعلمانيتها مُتجِهة نحو المجهول من زمن إلى آخر، وفق العولمة المادية التي لا تعرف الحدود، بتنظيمها للممارسات الجنسية غير الشرعية. وهو أمر جد خطير على الأسرة والمجتمع.

وأخيراً، من غير المنطق التضحية بالزواج، باسم عولمة الحرية الفردية المقدسة، وبالتالي القضاء على الأسرة، وهكذا يندثر المجتمع ويضيع [2]. فالابتعاد عن الفطرة يؤدي إلى المعيشة الضنك مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وَمَن أَعرَضَ عَن ذِكري فَإِنَّ لَهُ مَعيشَةً ضَنكًا وَنَحشُرُهُ يَومَ القِيامَةِ أَعمى ﴾ [3].

وبعد توصلنا إلى وجوب اختلاف جنس طرفي عقد الزواج، نتساءل عن إمكانية المساواة بينهما في السن القانونية لإبرام عقد الزواج، خاصةً ونحن نعلم أن أمارات البلوغ عند الأُنثى الأُولى في الظهور عن جنس الذكر. الأمر الذي سنعالجه في المطلب الموالي.

المطلب الثالث
المساواة في سن الزواج

الزواج كغيره من العقود يحتاج عند إبرامه إلى توافر الأهلية[4] في طرفيه، و هاته الأخيرة تُعرف بأنها صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق وصلاحيته لاستعمالها. وهي نوعان، أهلية وجوب وأهلية أداء. أما الأولى فتعرف بأنها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، في حين تعرف الثانية بأنها صلاحية الشخص

1 – أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة، المرجع السابق، ص.20،21.

2 – تشوار جيلالي،عولمة القانون ومدى تأثيرها على أحكام الأسرة، المرجع السابق، ص.97.

3 – سورة طه، الاية 124.

4 – نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في القانون المدني(المواد 40–45)، وقانون الأسرة(المواد 81–86).

لاستعمال الحق[1]. وقد حدد المشرع أهلية الزواج بسن معينة، اختلفت من قانون إلى آخر، على خلاف الشريعة الإسلامية التي أناطت أهلية الزواج إلى ظهور علامات البلوغ من غير تحديد لسن معينة[2].

ولقد أضاف المشرع شرط الأهلية في عقد الزواج في التعديل الأخير لقانون الأسرة حيث تنص م 9مكرر:"يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:- أهلية الزواج...". كما حرص في ذلك المشرع على إيجاد المساواة بين الجنسين، وذلك بتوحيد سن الزواج وتحديدها بـ 19 سنة لكلا الطرفين كأصل عام.

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد سن الزواج قد عَنيت به التشريعات القديمة أيضاً، ففي القانون الروماني حددت بـ14 سنة للفتى و12 سنة للفتاة، وعنه أخذ القانون الكنسي، وهكذا انتقلت إلى القانون الفرنسي الذي حددها بـ 16 سنة للفتى و14 سنة للفتاة[3]. وكذلك الأمر بالنسبة لقانون حقوق العائلة العثماني في مادته السابعة:"لا يجوز لأحد أصلاً أن يزوج الصغير الذي لم يتم السنة 12 من العمر والصغيرة التي لم تتم السنة 9 من العمر". فتحديد السن يرجع لعدة عوامل، منها المناخية والاقتصادية والاجتماعية. فبينما ذهبت التشريعات القديمة إلى تحديد سن مبكر، ذهبت التشريعات الحديثة إلى الرفع من هاته السن كما سنرى لاحقاً.

الأمر الذي من خلاله سنتناول توحيد سن الزواج (الفرع الأول)، ثم نتناول الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج (الفرع الثاني).

1 - السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص314 و مابعدها.

2 - فؤاد حيدر، المرجع السابق، ص.33.

3- H.L.J.MAZEAUD, op.cit,p.71.

الفرع الأول

توحيد سن الزواج

عني المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الحديثة بتحديد سن معين للزواج نظراً لما يعرفه هذا النوع من العقود من أهمية سواء عند تكوينه أو عند ترتيبه لآثاره على الزوجين أولاً، وعلى الأسرة ثانياً، ثم المجتمع بأكمله.

أولاً- سن الزواج في التشريعات الجزائرية[1]: وسنتناول هاته النقطة في مرحلتيها قبل الاستقلال ثم بعده.

أ- التشريعات التي نظمت سن الزواج قبل الاستقلال

حيث حدد قانون02ماي 1930 سن الزواج بـ 15 سنة لكلا الجنسين، طبقاً لنص م الأولى التي تنص:"إن الأهالي القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطنين الفرنسيين لا يمكن لهم إبرام الزواج قبل إتمام السن الخامس عشر كاملة ولكن يمكن للحاكم العام منح الإعفاء من السن من اجل أسباب خطيرة...." فالمُلاحظ أن سن 15 هي سن مبكرة للزواج، ضف إلى ذلك المساواة في السن بين الجنسين.[2]

أما الأمر 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 والخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية(عمالات الجزائر والساورة والواحات) فقد حددها بـ 18 سنة للفتى و15 سنة للفتاة حيث تنص م 5 منه:"لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا للمرأة التي لم تبلغ 15 سنة أن يعقدا زواجاً، إلا انه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباباً خطيرة". فهنا المشرع عدل من سن زواج الفتى حيث أصبح 18 بدلاً من 15سنة، وأبقى على سن الفتاة بـ15 سنة. فعلى الرغم من اختلاف سن الزواج بين

1 – قاسم العيد عبد القادر، الأهلية في الزواج، المرجع السابق، ص14 وما بعدها.

2 – عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.23.

الجنسين إلا أنه أمر قريب للواقع، فالفتاة عادة تنضج بيولوجياً[1] قبل الفتى الذي يحتاج إلى وقت أكثر حتى ينضج بيولوجياً ويكون مؤهل مادياً وعقلياً على اعتباره المكلف قانوناً بالإنفاق على الأسرة.

ب- التشريعات التي نظمت سن الزواج بعد الإستقلال

حدد القانون رقم 63/224 المؤرخ في 1963/06/29 والمتضمن تحديد سن الزواج، سن 18 بالنسبة للفتى، و16 سنة للفتاة. حيث تنص م1 منه:"لا يجوز للرجل الذي لم يكمل 18 سنة ولا للمرأة التي لم تكمل 16 سنة أن يعقدا زواجاً. يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى أن يعفيهما من شرط السن إذا رأى لذلك أسباباً خطيرة وبعد أخذ رأي وكيل الدولة". فالمشرع الجزائري بعد الاستقلال فرق بين سن زواج الجنسين وذلك لطبيعة وعادات المجتمع الجزائري، فالفتاة تنضج وتبلغ في وقت مبكر عن سن الفتى بيولوجياً، هذا الأخير الذي باعتباره رئيس العائلة يحتاج أن يُكوّن نفسه قبل الإشراف على مؤسسة الأسرة. فالمشرع لم يجعل أحكام البلوغ منوطة بحقيقته بل أرجعها إلى سن معينة ومناسبة من عمر الإنسان، وهذا التحديد مقتبس عن النظم الغربية وليس مستوحى من أحكام الفقه الإسلامي[2].

وبعد مرور 20سنة من الاستقلال أصدر المشرع الجزائري قانون 84-11 المؤرخ في 09جوان1984 والمتضمن قانون الأسرة، إذ تنص م 7 منه:"تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام21 سنة والمرأة بتمام18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة". ولقد لقي هذا النص مُعارضة قوية من بعض الجمعيات

1 – سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر(1)، السنة الجامعية 2010-2011، ص55 وما بعدها.

2 – تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة، المرجع السابق، ص52.

المناهضة لحقوق المرأة والمدافعة عن مساواتها[1]، حيث رأت أن هذا النص يتعارض وأحكام م 40 ق.م :"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة".فهو لم يقرر المساواة في السن بين الجنسين، المقررة في دستور 1976. وينتقد بعض الشُراح هذا النص من حيث كونه لم يُبين الآثار القانونية المترتبة عن الزواج الحاصل قبل بلوغ الزوجين أو احدهما السن القانونية، وإغفاله للعقوبة المسلطة على كل من خالف مقتضى النص، وإغفاله أيضاً للحد الأدنى الذي لا يصح للقاضي أن ينزل دونه عند تقرير الإعفاء من السن[2].

ج- المساواة في سن الزواج بموجب الأمر 05-02

بعد مرور 20 سنة من صدور قانون الأسرة جاء أول تعديل له بعد مخاض طويل عرفه مشروع التعديل، حيث ونظراً لحساسية قانون الأسرة بين تيارات إسلامية محافظة، وأخرى علمانية تُطالب بنزع الصفة الدينية عن عقد الزواج واعتباره كغيره من العقود، عجز المشرع عن تعديله مما أدى بالسلطة التنفيذية ممثلة في شخص رئيس الجمهورية إلى إصداره بموجب الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 2005/02/27. حيث بمقتضى هذا التعديل تم توحيد سن الزواج بين الجنسين طبقاً للمادة 07ق.أ:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام19 سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرت الطرفين على الزواج... ". وعليه فقد حرص

1- وقد قبلت الدولة الجزائرية مُمثلة في الوزيرة المكلفة بالأسرة سنة 1996، تنظيم لقاء مع حركة النساء، وبعد ثلاثة أيام عمل، تم التبني المُشترك لبعض التوصيات المتمثلة فيما يلي:1- حظر تعدد الزوجات، بتفسير الآية القرآنية المنظمة له والضيقة من نطاقه، بهدف توطيد الخلية الأسرية.2- حظر الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، موافقة بأهليتها لتسيير أموالها طبقاً للمادة 40 من القانون المدني. 3- إلغاء الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، والذي يهدد أمن الأسرة Souad Khodja, Nous les algériennes, La grande solitude, Casbah, Alger, 2002, pp.56 et suiمُقتبس عن: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المُنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005، ص 361.

2 - سعيد بويزري، قانون الأسرة الجزائري ماله و ما عليه، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، مارس2000، العدد5، ص.159.

المشرع على وجود نوع من التناسق بين نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة، وذلك بتحديد سن 19 سنة كأهلية للزواج لكلا الجنسين[1]، من جهة، ومن جهة أخرى، تأكيد المشرع على عدم التمييز بين الجنسين في إبرام عقد الزواج[2]. وقد جاء في بيان أسباب التعديل:"توحيد سن الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى وتحديده ببلوغ 19 سنة تطابقا مع سن الرشد المدني"[3]. كما جاء في تقرير لجنة الشؤون القانونية والإدارية لمجلس الأمة:"..هناك تضارب كبير وفوضى في التشريع الجزائري فيما يتعلق بتحديد سن الرشد وأهلية الزواج وأهلية التقاضي وسن البلوغ ففي القانون المدني هي 19 سنة وفي قانون الجنسية قبل التعديل هي 21 سنة وفي قانون الأسرة السابق هي 21 سنة للذكر و18 سنة للأنثى وفي القوانين الجزائية 18 سنة وفي قانون العمل وقضايا الإرهاب هي 16 سنة. إن الإصلاح التشريعي يقتضي توحيد سن الرشد بين جميع هذه القوانين استناداً إلى أحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر...ومن ثم فأن تحديد سن أهلية الزواج بـ19 سنة في هذا الأمر جاء مُنسجماً تماما ومُوفقا مع هذه الاتفاقية ومع احكام القانون المدني الجزائري، ومكرسا لمبدأ المساواة بين الجنسين."[4]فالمشرع ساوى بين الجنسين في سن الزواج استناداً إلى الاتفاقيات الدولية المطالبة بإلغاء كافة صور التمييز بين الجنسين، وعلى رأسها السيداو[5].

1 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص.117.

2 – تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05–02، المرجع السابق، ص76،77؛ عمر صدوق، دراسة الجديد في تعديل قانون الأسرة، المرجع السابق، ص.17.

3 – الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 2005/146، المؤرخة في 2005/03/28.

4 – الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة رقم2005/02 المؤرخة في 2005/03/26

5 – عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص.68.

ويُشير بعض الفقه إلى أن:"المشرع الجزائري ساير اعتبارات سن الرشد القانوني والمالي، وتبعات الحياة الزوجية المادية والمعنوية، ومسؤوليات الزواج الجسيمة والخطيرة، وكذا العوامل البيولوجية والنفسية والجغرافية والديمغرافية"[1].

وتجدر الإشارة هنا، إلى أن معظم النظم المقارنة قد اتجهت هذا الاتجاه، وذلك بتوحيد سن الزواج بين الجنسين. فتنص م19من المدونة المغربية:"تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية 18 سنة شمسية". فالمدونة أخذت بسن الزواج المشهور عند المالكية، وهو18 سنة، وساوت بين الزوجين فيه.[2] وقد كان المشرع المغربي يميز بين الجنسين حيث حدد سن 18 سنة للفتى وسن 15 سنة للفتاة. ولقد نحى المشرع التونسي نفس المنحى ، حيث ينص الفصل5 من المجلة:"...فكل من لم يبلغ منهما 18 سنة كاملة لا يمكنه ان يبرم عقد الزواج...".

وقد عدل المشرع التونسي سن الرشد في القانون المدني من 20سنة إلى18 سنة بموجب القانون عدد 39لسنة2010 المؤرخ في 26 جويلية2010 المتعلق بتوحيد سن الرشد المدني. ولقد قصدت التحويرات الجديدة للمجلة مزيد تقريب التشريع من الواقع الجديد مع الأخذ بالمساواة بين الجنسين كمبدأ أصلي[3]. وقد كان المشرع التونسي يُميز بين الجنسين حيث كان يُحدد سن 20 سنة للفتى وسن 17 سنة للفتاة. لكن بتعديل مجلة الأحوال الشخصية التونسية أصبح سن الزواج موحد بين الجنسين بـ18 سنة كاملة[4].

---

1 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص.117.

2– عبدالله ابن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الأول،الزواج، ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005، ص.87.

3– منصف الحواشي، المساواة والشراكة الزوجية في تشريعات الأحوال الشخصية التونسية الثابت والمتحول، مؤتمر الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية من 20-2010/04/21،ط1، دار الحامد،الأردن،2012، ص35 وما بعدها.

4 –قانون عدد 32 لسنة 2007 مؤرخ في 14 ماي 2007 يتعلق بتنقيح بعض أحكام مجلة الأحوال الشخصية فصل وحيد . نقحت أحكام الفصل 5 من مجلة الأحوال الشخصية وذلك بتعويض الجملة التي نصها : "وزيادة على

وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حددها بـ 18سنة لكل من الجنسين بموجب تعديلات قانون 2006/03/04، وكان قبل التعديل يميز بينهما، حيث كانت 18 سنة للفتى و15 سنة للفتاة. فالمُلاحظ من كل هذا أن جل التشريعات تسعى إلى تكريس مبدأ المساواة بين الجنسين، كسبب رئيسي لهاته التعديلات، على اعتبار الشرعية الدولية تسمو على القانون كما سنبينه لاحقاً.

وتفريعاً عما سبق، يبقى تحديد حد أدنى للزواج كإجراء تنظيمي يجوز للسلطة التشريعية باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد والمجتمع[1].

ثانياً: أُسس تحديد سن الزواج

لما كان الزواج يُرتب مسؤولية اجتماعية وقانونية على درجة كبيرة من الخطورة فقد حرصت التشريعات على وضع حد أدنى لسن الزواج. وفي هذا تختلف وجهات النظر حول تحديد سن الزواج، فبينما تتجه الآراء الفقهية الشرعية إلى خفضها تحصيناً للنفس وتطهيراً للمجتمع من الفواحش، تسعى القوانين الوضعية إلى الرفع منها مُراعاةً لقدرة الشخص على تحمل أعباء الزواج، في ظل تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية كارتفاع الكثافة السكانية مثلاً[2]. فتقدير الحد الأدنى لسن الزواج يرتبط أساساً بالظروف المتغيرة في الزمان والمكان أكثر من تعلقه بالاعتبارات الدينية[3].

وسنحاول فيما يلي تناول البواعث التي دفعت بالمشرع الجزائري إلى تحديد سن الزواج مُقسمينها إلى بواعث شخصية تخص الفرد، وبواعث عامة تعود على الصالح العام للمجتمع.

ذلك فكل من لم يبلغ عشرين سنة كاملة من الرجال وسبع عشرة سنة كاملة من النساء لا يمكنه أن يبرم عقد زواج" بالجملة التالية " :وزيادة على ذلك فكل من لم يبلغ منهما ثمانية عشر سنة كاملة لا يمكنه أن يبرم عقد زواج."

1 – محمد محدة، المرجع السابق، ص.131.

2 – منادي مليكة، المرجع السابق، ص. 271.

3 – مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية للطباعة والنشر،الإسكندرية،1996، ص.164.

أ-البواعث الشخصية

أَخَذَ سن الزواج في القرن الواحد والعشرون في الإرتفاع عما كان عليه سابقاً وذلك نتيجة للتغيرات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية على المستويين الداخلي والدولي، التي ألقت بظلالها على الفرد داخل المجتمع. فمعظم الشباب اليوم يتوجه إلى التعليم بجميع أطواره وأنواعه، الأمر الذي يتطلب شيئاً من الوقت، خاصة بالنسبة للتخصصات التي تستغرق سنوات عدة كالطب مثلاً[1].

ضف إلى ذلك مرحلة أداء الخدمة الوطنية وهي أمر واجب دستورياً[2].

ثم تأتِ مرحلة البحث عن العمل والوظيفة، والتي قد تطول نسبياً نظراً لكثرة خِريجي الجامعات والمعاهد. ويُضاف إلى هذا أن الشباب اليوم أصبح أكثر انفتاح على عالم التكنولوجيا من انثرنت وما تحتويه من شبكات التواصل الاجتماعي، كالفيسبوك والتويتر، فشباب اليوم أصبحت تَستقطِبُهُ السياحة المحلية والخارجية. فسار كثير الأسفار، ولديه حب الاطلاع على ما استجد من مستجدات عالمية في شتى الفنون الثقافية والرياضية وعالم التكنلوجيا.

فكل هاته العوامل أصبحت تؤثر على الشاب، حيث لم يعد الزواج هدف مبكر بالنسبة له، ولم يعد الأمر يشكل حرجاً بالنسبة إليه.

ونفس الأمر تقريباً ينطبق على الفتاة الجزائرية التي أصبحت اليوم أكثر تحضراً من فتاة الأمس، فهاهي تَقبِلُ على التعليم بكل فخر، وتصبُوا إلى مُواصلة الدراسات العليا بمختلف فروع التخصصات علمية كانت أو إنسانية. كما أن الفتيات أصبحن اليوم يَقبِلنَ على عالم الشغل بكل قوة، فلم تعد كلمة "ماكثة في البيت" تروقهن، وذلك حتى تحقق الفتاة استقلالها المالي، وتُساهم في دفع عجلة نمو الوطن،

1 - سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص.144.

2 - م 62 من الدستور: " التزام المواطن إزاء الوطن وإجبارية المشاركة في الدفاع عنه واجبان مقدسان دائمان...".

ذلك أنها جزء منه[1]. حتى أن كثير من الفتيات أصبحت ترفضن الزواج المقترن بشرط عدم عملهن[2]، مما يُوحي بأن الوظيفة اليوم أصبحت لها الأولوية على الزواج على الرغم من قِلة توفر مناصب الشغل.

ويُضاف إلى هذا، النظرة الخاطئة إلى الزواج، من قِبَل الفتاة على أنه يؤثر سلباً على أناقتها وجمالها بسبب عاملي الحمل والرضاعة، وما يلحقهما من تربية ورعاية للأبناء. كما أن الفتاة لا تُدرك مشكلات الزواج، فيتوجب انتظار سنوات بعد ذلك حتى لا توافق أولياءها على الزواج إلا وهي مقتنعة بأن مصلحتها فيه، وبالتالي لا تُرغَم على الزواج في سن مبكرة طبقا لقواعد ولاية الإجبار[3].

كما أن ارتفاع ظاهرة العنوسة وسط المجتمع الجزائري، تَرَتّبَ عنه عدم شعور الفتاة بالحرج جرّاء تأخر زواجها فَمَثِيلاتُها كُثر فالأمر أصبح عادي ومَأْلُوف.

فكل هاته العوامل أدت إلى تأخر سن زواج الفتاة كأصل عام، في المجتمع الجزائري. و إذا كانت هاته بعض أهم دوافع تأخر سن الزواج بالنسبة للجنسين على المستوى الذاتي الشخصي، فَسُنعالج بواعث تأخر سن الزواج على مستوى المجتمع.

ب–بواعث المصلحة العامة

إن من مقاصد الشريعة الإسلامية إناطة التشريع بالضبط والتحديد، فبذلك قد نصبت للعلماء أمارات التشريع بالأوصاف والمعاني المُراعاة في التشريع، ولأجل هذا يُوجهون أنظارهم في تعليل القياس إلى التعليل بالأوصاف الظاهرة المنضبطة مع أنهم يصرحون بان تلك الأوصاف يحصل من وجودها معنى هو المسمى بالحكمة أو المصلحة أو درء المفسدة، ولقد تنزهت الشريعة عن أن لا تكون أحكامها منوطة

1 – التقرير حول تحليل الوضع الوطني للحقوق الإنسانية للمرأة الجزائرية والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، برنامج تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأورومتوسطية (2008–2011)، جوان 2010،ص40–50، www.euromedgenderequality.org.

2 – لقد أضاف المشرع الجزائري أحقية الزوجة إدراج شرط عملها في عقد الزواج أو في عقد لاحق له (م19 ق.أ).

3 – تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تُجاه الاكتشافات الحديثة، المرجع السابق، ص.53.

بالانضباط فان من صفات حكم الجاهلية عدم الانضباط[1].﴿ أَفَحُكْمَ الْجَاهِلِيَّةِ يَبْغُونَ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللَّـهِ حُكْمًا لِّقَوْمٍ يُوقِنُونَ﴾ [2].

ويُضيف العلامة بن عاشور القول:"وقد استقريت من طرق الانضباط والتحديد في الشريعة ست وسائل:....الوسيلة الثالثة: التقدير كنصب الزكاة في الحبوب و النقدين، ونهاية الطلاق، واقل المهر...."[3] فيظهر جلياً من هذا أن مسألة تحديد سن الزواج تخضع للسلطة التقديرية للمُشرع حسبما تقتضيه الظروف والمتغيرات الإقتصادية والإجتماعية والثقافية والبيئية للدولة.

وفي هذا الإطـار، فإن الأحكـام الشرعـية تَتَغير بحسب اختلاف الزمان والمكان والأحـوال والعوائد بما يحقق المصـلحة الشرعية والحِكَم المَرْعَيّة لِلْبَشَر[4]، فـالمـجتمع الزراعي يشجع الزواج المبكر[5]، وذلك بُغية توفر اليد العاملة في الحقول. وفي هذا يقول ابن القيم:"هذا فصل عظيم النفع جداً، وقد وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة ، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه، ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها، ورحمة كلها، ومصالح كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وان أُدخلت فيها بالتأويل"[6].

1 – محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية،ط2، دار السلام للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2007، ص116،117.

2 – سورة المائدة، الآية 50.

3 – محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص.118.

4 – يوسف بلمهدي، البعد الزماني والمكاني وأثرهما في الفتوى، دار الوعي، رويبة، الجزائر، 2008، ص.155.

5 – سناء الخولي، المرجع السابق، ص.295.

6 – نقلاً عن، يوسف بلمهدي، المرجع السابق، ص.155.

وإذا كانت القاعدة الفقهية الخاصة بأهلية الزواج لها مُبررات مختلفة تنص بفكرة المصلحة العامة وتقوم على عوامل عرفية، فإن هذه المبررات قابلة للتغير ومن ثم فإن هذه القاعدة الفقهية قد فقدت في الوقت الحاضر مُبرراتها الأولى وأصبحت معتمدة على مبررات جديدة نتيجة للتطور الذي عرفه المجتمع الجزائري في هذا الميدان، وفي كل الأحوال فإنه من اختصاص المشرع، باعتباره يحافظ بالقوانين التي يسُنها على سلامة وراحة المجتمع والفرد، أن يقوم بتحديد الحد الأدنى للزواج كإجراء تنظيمي وذلك ما لم يرد نص قرآني ولا سُنة نبوية صريحة بصدده[1].

فمناخ المنطقة من برد أو حر يؤثر في صياغة الأحكام، فسن الزواج يكون في البلاد الحارة أبكر منه في البلاد الباردة، باعتبار أن للجو الطبيعي أثره في البلوغ[2]

إن الزواج من التصرفات التي تقتضي توفر الأهلية الكاملة ، لما يترتب عليه من الإلتزامات المالية والواجبات الاجتماعية العائلية، ذلك أنه ليس من المصلحة الخاصة والعامة السماح لكل فرد الإقدام عليه من غير نضج فكري، وقدرة مالية، ومعرفة بشؤون الحياة والأعباء الزوجية الجسيمة والخطيرة[3].

يُضاف إلى ما سبق، أن المجتمع الجزائري يُعاني من تزايد عدد السكان بشكل سريع مما يؤثر سلباً على التوازن الإقتصادي للأسرة وقدراتها الإستهلاكية، مما دفع المشرع إلى رفع سن الزواج، وهي سياسة تتصل بالتحكم في الولادات والتنظيم العائلي.

1 – تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تُجاه الاكتشافات الحديثة، المرجع السابق، ص.52؛ عبد القادر بن عزوز ، المرجع السابق، ص.62. وقد بينت المذكرة الإيضاحية للقانون المصري سبب رفع سن الزواج بنصها:"إن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها، والعناية بالنسل أو إهماله. وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعدادا لحسن القيام بها، ولا تستأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالباً قبل بلوغ سن الرشد المالي(18سنة)....". محمود مهران، المرجع السابق، ص.143.

2 – يوسف بلمهدي، المرجع السابق، ص.176.

3 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص117،116.

وفي مُقابل هذا نجد أزمة السكن التي تُعتَبر أكبر التحديات التي تُواجه الدولة[1].

ارتفاع معدلات الطلاق، وخاصة لدى الفئة العمرية الشابة، نتيجة هشاشة تجربة الزواج لدى فئات واسعة من الشبان والشابات الذين تزوجوا مبكراً،الأمر المؤثر سلباً على الاستقرار العائلي[2].

هذا، وينتقد بعض الفقه المشرع الجزائري، حيث يرى أن المشرع قد بالغ في تحديده سن الزواج بتلك السن(18-21 بالنسبة لقانون 11/84) فلو أبقاها كما كانت من قبل(16-18) لكان أفضل، وهذا لما تتسم به الجزائر من مناخ، ولخشية العنت الذي قد يكون مبرراً في السماح من طرف القاضي[3].

ومن جهة أخرى، يرى البعض الآخر من الفقه أن سبب المساواة بين الجنسين في السن راجع إلى ضغط بعض الجمعيات على المشرع الجزائري، وهي مساواة شكلية أكثر منها مساواة جوهرية. فيرى هذا الإتجاه أن المشكلة الحقيقية التي يُعاني منها المجتمع الجزائري ليست هي مشكلة الزواج المُبكر بل هي مشكلة العنوسة بالنسبة للمرأة. ومشكلة البطالة والعجز عن تحمل تكاليف الزواج بالنسبة للرجل[4]. وهو رأي صائب نُؤيده لِواقعيته.

إذن، كانت هذه أهم البواعث التي دفعت بالمشرع الجزائري إلى الرفع من سن الزواج وتقديره بـ19 سنة لكلا الجنسين تجسيداً لمبدأ النظام العام. لكن في حالة إبرام عقد الزواج دون هذا السن، ومن دون ترخيص قضائي فما هو الجزاء الذي رتبه المُشرع لِمُخالفة هاته القاعدة؟ الأمر الذي سنتعرف عليه في الفرع المُوالي.

---

1 - فضيل سعد، المرجع السابق، ص.59.

2 - منصف المحواشي، المرجع السابق، ص36،37.

3 - محمد محدة، المرجع السابق، ص.132.

4 - عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص.25.

الفرع الثاني

الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج

بعد التعرض بالدراسة والتحليل لمسألة تحديد سن الزواج لدى المشرع الجزائري، يتبين للباحث إغفال المشرع إلى نقطة جوهرية وهامة أَلاَ وهي عدم وجود جزاء يُسلط على مخالفي م 7 ق.أ، ففي كثير من الأحيان يلجأ الأولياء إلى تزويج أبناءهم قبل بلوغ السن القانونية، ومن دون الحصول مسبق على ترخيص من القاضي.

فالمشرع نَظّم آثار تخلف أحد شروط الزواج (والتي جاءت بها م 9ق.أ)[1] في المواد 32و33و34و35 في الفصل الثالث تحت عنوان النكاح الفاسد والباطل، ولم تتضمن هاته المواد آثار تخلف شرط السن القانونية(الأهلية). مما يُوحي أن المشرع اعتبر تحديد حد أدنى للزواج كإجراء تنظيمي يجوز له اتخاذه باعتباره يُحافظ بذلك على سلامة الفرد والمجتمع[2]. كإقراره أيضاً لمسألة القيام بالفحوصات الطبية قبل الزواج، فمُخالفة هذا الإجراء لا يترتب عنه بطلان الزواج[3].

وإثر هذا النقص في التشريع، اختلف الشُراح الجزائريون حول آثار الزواج الُمبرم دون السن القانوني من دون ترخيص إلى من أقر بصحته، ومن أكد بطلانه. ولِكل حُجَجُهُ وأسانيده التي استند إليها.

هذا، وقبل التعرض إلى رأي الفقه(أولاً) في المسألة نعرج على التشريعات التي سبقت قانون 11/84(ثانياً).

---

1 – تنص م9ق.أ: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: -أهلية الزواج-الصداق- الولي- شاهدان- انعدام الموانع الشرعية للزواج".

2 – محمد محدة، المرجع السابق، ص.131.

3 – حيث تنص م2/7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11، والذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام م 7مكررق.أ، تنص :"لا يجوز للموثق أو ضابط الحالة المدنية رفض إبرام عقد الزواج لأسباب طبية خلافاً لإرادة المعنيين".

أولاً- الجزاء التشريعي

فقد حدد قانون02ماي 1930 البطلان في حالة مخالفة شرط السن، حيث تنص م 2منه:"...ولابد أن يبرر الأطراف ذلك للموظف بالهوية وسن الخطيبين وتبرير العمر لا يمكن إلا بشهادة الحالة المدنية أو بحكم يحل محلها......وعدم احترام الأطراف أو ممثليهم لهذه الشكليات ينتج عنه بطلان عقد الزواج، زيادة على عقوبة من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر حبساً، وغرامة من 16إلى 500 فرنك أو بإحدى العقوبتين تطبيقاً للمادة 463 من قانون العقوبات...".فالمُلاحظ أن قانون02ماي 1930 قد فرض عقوبتين، مدنية تتمثل في بطلان عقد الزواج، وعقوبة جزائية تتمثل في الحبس من ستة أيام إلى ثلاثة أشهر حبساً، وغرامة من 16إلى 500 فرنك. وهذا بالنسبة للأطراف الذين ابرموا عقد الزواج ولم يبلغوا سن 15 سنة(طبقاً للمادة الأولى)، كما تطبق نفس العقوبات على ممثليهم، أي أولياءهم. إلا أته يُتوجب التذكير أن قانون02ماي 1930 لا يسري على كافة الجزائريين بل يسري فقط على القاطنين بمنطقة القبائل(طبقاً للمادة الأولى).

أما الأمر 274/59 المؤرخ في 1959/02/04 والخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية(عمالات الجزائر والساورة والواحات)، فلم ينظم آثار مخالفة شرط السن حيث اكتفى بتحديد السن فقط، حيث تنص م 5 منه :"لا يجوز للرجل الذي لم يبلغ 18 سنة ولا للمرأة التي لم تبلغ 15 سنة أن يعقدا زواجاً...". فهذا الأمر جاء منقوصاً من تحديد الجزاء عند مخالفة أحكامه.

أما القانون رقم 63/224 المؤرخ في 1963/06/29 والمتضمن تحديد سن الزواج، فقد نظم مسألة الجزاء بشكل جلي وواضح، حيث وكما أسلفنا القول أن هذا القانون قد حدد سن الزواج بـ18 سنة للرجل و16 سنة للفتاة طبقاً للمادة 1/1 منه. فكل من خالف هاته الأحكام يُعاقب بعقوبتين مدنية وجزائية.

أما الجزاء الجنائي يتمثل في الحبس من 15 يوما إلى 3 أشهر، وبغرامة من 400 إلى 1000فرنك جديد، وهذا استناداً إلى م 2من القانون التي تنص:"يُعاقب كا من ضابط الأحوال المدنية والقاضي والزوجين ، وممثليهما والشركاء الذين لم يراعوا شرط السن المنصوص عليها في م الأولى بالحبس من15 يوما إلى 3 أشهر، وبغرامة من 400 إلى 1000فرنك جديد،أو بإحدى هاتين العقوبتين. "

ويُضاف إلى هذا، الجزاء المدني المتمثل في بطلان عقد الزواج كأصل عام، حيث تنص م3منه على أنه:"كل عقد زواج أُبرم خلافا لأحكام م الأولى يكون باطلا ما لم يلحقه دخول، ويجوز الطعن فيه من الزوجين شخصياً أو من النيابة العامة أو ممن تكون له مصلحة فيه. ويكون قابلا للبطلان إذا لحقه دخول وذلك بناء على طلب كل من الزوجين دون غيرهما". فيتبين من خلال قراءة هذا النص أن المشرع هنا قرر نوعين من البطلان؛ بطلان مطلق، لتعلق الأمر بالنظام العام حيث يُتوجب عدم المخالفة لأحكام النص المتضمن القواعد الآمرة، والحال هكذا يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان عقد الزواج، بل ويمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. وتضمنت م2/3 أحكام البطلان النسبي، وهذا في حالة ما تم البناء بالزوجة، فلا يتمسك بالبطلان إلا من تقرر لمصلحته وهو أحد الزوجين دون غيرهما، ففي هاته الحالة لا يمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

وخروجا عن الأصل، فقد ذهب المشرع إلى استثناء الزوجين أو أحدهما في حالة عدم تحقق شرط السن القانونية من بطلان عقد الزواج، في حالة ما بلغا السن القانونية، وفي حالة ما حملت الزوجة التي لم تبلغ السن القانونية بعد. حيث تنص م4 :"لا يجوز الطعن في عقد الزواج المبرم بين زوجين لم يبلغ أحدهما أو كلاهما السن المشترطة وذلك في الحالتين التاليتين: 1- إذا بلغ الزوجين السن القانونية . 2- إذا حملت الزوجة التي لم تبلغ السن بعد ". والعِلّة في هذا الاستثناء مَفَادها صيانة الأسرة

من خطر الإنحلال قدر المستطاع، ذلك أن عقد الزواج ليس كغيره من العقود في حالة الإنحلال، نظراً للآثار التي يرتبها على الزوجين والأسرة، والمجتمع ككل.

وبهذا الجزاء المدني والجزائي الذي فرضه المشرع على المُخَالفين لشرط السن يُمكن الخضوع لأحكام م الأولى من قانون63/224، فبتخلف شرط السن يُشاب العقد بعدم صحته ويحكم بالتالي ببطلانه كأصل عام.

وإثر هذا، ذهب الشُراح الجزائريون إلى عدة أراء سنتعرض لها بالدراسة والتحليل فيما يلي.

ثانياً– موقف الفقه من الجزاء :

يذهب بعض الشراح الجزائريون إلى القول بصحة عقد الزواج الذي أُبرم دون السن القانونية للزواج، وفي هذا يشير بعضهم إلى أنه :"وفي حالة عدم احترام سن الزواج المحددة قانوناً فلا يترتب على ذلك إبطال أو فسخ عقد الزواج"[1]. وفي نفس الاتجاه آخر إلى أنه:"وإذا كان المشرع قد وضع نصب عينيه مصلحة الفرد والمجتمع عند تحديده تلك السن، فإنه من جهة أخرى لم يعطها القيمة القانونية اللازمة لها ذلك أنها نهياً دون جزاء قد لا يجدي نفعاً لدى البعض وخاصة عند علمهم بما تنص عليه م22 من إمكانية تسجيل العقد بحكم أمام القضاء إذا اكتملت الأركان"[2] فالأستاذ محدة يرى أن الزواج العرفي يمكن تثبيته أمام القضاء حتى ولو أُبرم دون السن القانونية طبقاً لأحكام م 22 من الامر 11/84[3]، خاصة وأن الأهلية لم تكن ضمن شروط الزواج قبل التعديل. ويُضيف الأستاذ محدة القول :"قد يتم العقد شرعاً قبل بلوغ الفتى أو الفتاة السن القانونية وبعد مدة من العقد الشرعي يقومون بطلب تسجيله قضائياً أمام المحكمة

1 – الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص.31.

2 – محمد محدة، المرجع السابق، ص.135.

3 – تنص م22 من الامر 11/84:"يثبت الزواج بمستخرج من سجلات الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقاً لهذا القانون ويتم تسجيله بالحالة المدنية"

بعد اكتمال السن القانونية، والقاضي قد يحس أو يلمس بأن عقد الزواج قد أبرم شرعا قبل بلوغ السن القانونية ولكن ليس في وسعه توقيع عقوبة على أي منهما، وعلى العكس من هذا القانون ما كان يقول به قانون رقم 63/224... ".

لكن ما يُؤخذ على هذا الاتجاه عدم انتباهه إلى أن من أهم خصائص القاعدة القانونية كونها ملزمة مصحوبة بجزاء، فدونها تصبح مجرد توصية أو قاعد أخلاقية[1]. فاتباع القاعدة القانونية أمر مفروض على الأشخاص ولو بالقوة وذلك بإيقاع الجزاء المادي على من يُخالفها، وخِلاف ذلك يَعُدها قاعدة مجاملات أو عادات وتقاليد.[2]

ومن جهة أخرى، يذهب إتجاه آخر من الشُّراح[3] إلى الإشارة ببطلان الزواج إذا تخلف شرط السن، وذلك بتطبيق أحكام القانون 224/63 والخاصة فقط بتحديد الجزاء، حيث يقول الأستاذ عبد العزيز سعد:"أنه إذا كانت م 7 من قانون الأسرة قد عالجت نفس الموضوع الذي سبق أن عالجته م الأولى من القانون 224/63، وأن م 22منه قد عالجت جزءا من م الخامسة من القانون السابق، فإن أحكام م الأولى من القانون 224/63 تكون قد أُلغيت ضمنياً. أما أحكام المواد الباقية والتي لم يُعالجها قانون الأسرة فإنها تعتبر أحكاما قابلة للتطبيق باعتبار أن م ما قبل الأخيرة من قانون الأسرة لم تتضمن نصاً يُلغي صراحة جميع أحكام القانون رقم 224/63 وإنما تضمنت عبارة تقول"تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون"أي قانون الأسرة. وفي اعتقادنا أن الأحكام المنصوص عليها في المواد 2،3،4،5 من القانون224/63 لا يوجد في قانون الأسرة ما يماثلها ولاما يخالفها أو يتعارض معها فهي إذن ما تزال سارية المفعول ومازالت قابلة للتطبيق "[4]. فيرى بعض الفقه أن تطبيق أحكام القانون 224/63 أفضل

1 – عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص.56.

2 – تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة، المرجع السابق، ص.61.

3 – سعيد بويزري، المرجع السابق، ص.196.

4 – عبدالعزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.99.

الحلول في حالة النقص التشريعي في حالة الجزاء المترتب عن مخالفة السن القانونية، ورأي وجيه واعدل الحلول واقلها عيبا من الناحية العملية(وليست القانونية)، إلا انه عرضة للنقد[1]، وذلك استناداً لنص م 2/2 ق.م :"وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم، أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم". وعليه في حالة تنظيم قانون سبق تنظيمه بقانون قديم، فإن هذا الأخير يُلْغى كُلياً، ذلك أن المشرع بإعادة تنظيمه لنفس الموضوع من جديد يُفيد حتماً عن تخليه كلياً عن القانون القديم. ويكون الإلغاء ولو أغفل القانون الجديد بعض المسائل التي كانت مُنظمة في القانون القديم[2]. وهي الحالة محل دراستنا حيث أَغفل قانون 11/84 جزاء مخالفة السن القانونية والتي نظمها القانون السابق له القانون 224/63. وعليه نرى أنه لا يمكن الأخذ برأي الأستاذين عبد العزيز سعد و سعيد بويزري ذلك أن القول بما ذهبا إليه يتعارض مع نص م الثانية من القانون المدني السالفة الذكر.

وفي نفس السياق، يُشير بعض الفقه إلى أن الأحكام التي جاءت بها م 223 ق.أ هي أحكام مكتوبة وسابقة وهي ما يقصد بها التشريعات التي صدرت فترة الاستعمار، في فترة تعد انتقالية لتنظيم مادة الأحوال الشخصية. ويكون المشرع الجزائري قد ألغى كل ما سبق من تشريعات في مادة الأحوال الشخصية، حيث أصبح القانون المطبق هو قانون الاسرة11/84[3].

وفي اتجاه آخر، يذهب بعض الفقه إلى القول ببطلان الزواج في حالة تخلف شرط السن القانونية، لكن ليس على أساس ما استند إليه عبدالعزيز سعد وسعيد بويزري، بل يستند الأستاذ تشوار الجيلالي إلى القواعد العامة المقررة في قانون

1 – تشوار جيلالي،الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة، المرجع السابق، ص59،60.

2 – علي فيلالي، مقدمة في القانون، المرجع السابق، ص322،323.

3 – عبدالفتاح تقية، الإشكالات القانونية في قانون رقم 11/84، م،ج،ع،ق،ا،س،ج41، 2008، عدد02، ص.90.

11/84 ممثلة في المادتين 9 و32 منه، حيث يقول الأستاذ :"لا يُمكن تصور الأهلية الكاملة للزواج عند انتفاء السن المقررة في م السابعة من ذات القانون، كما لا يمكن تصور صحة الرضا في غياب هذه السن"[1]. ويؤيد الأستاذ بلحاج العربي هذا الإتجاه حيث يقول :" ونرى عقلانية الإتجاه الأخير –رأي الأستاذ تشوار جيلالي – لإن تحديد سن الزواج في م 7ق.أ الغرض منه حماية الصغار وكذا المحافظة على رضائية العقد، فالزواج يقوم على التراضي والاختيار الحر للمتعاقدين، وفقا للإجراءات القانونية، وهي أمور لا تتحقق إلا مع توافر الأهلية الكاملة وقت إبرام العقد[2]". وفي ظل هذا النقص في التشريع يمكن القول بوجاهة هذا الاتجاه الأخير، والمتمثل في عقوبة البطلان بالنسبة للعقد المبرم دون السن القانونية، حتى يتم الحد من ظاهرة تزويج الأولياء لأبنائهم القصر من غير مسوغ قانوني أو أخلاقي، ومن جهة أخرى حتى تبرز صفة الرضائية في المُقبِلِين على إبرام عقد الزواج.

وهو نفس الحل الذي اتخذه القضاء، حيث قضت المحكمة العليا بأنه:"من المقرر شرعاً أن الحكم بفسخ عقد الزواج قبل البناء لتمسك الزوجة بالفسخ بعد بلوغها سن الرشد لعدم رضاها هو تطبيق صحيح للقانون".[3]

وقضت أيضا:"أن الزواج الباطل هو ذلك الذي لم يستوفِ شروطه الموضوعية(السن، الولي، الصداق)[4]". فيتبين أن موقف المحكمة العليا واضح وصريح وموحد حول بطلان العقد المُنعقد دون السن القانونية للزواج.

وعليه أقترح أن تصبح م33 ق.أ:"يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. – إذا تم الزواج بدون أهلية أو شاهدين أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا

1 – تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م،ج،ع،ق،ا،س، جامعة الجزائر ، 1999، عدد4، ص.75.

2 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص .118.

3 – المحكمة العليا، غ.أ. ش، 2001/02/21، ملف رقم255711، م.ق، 2002، العد2، ص426،425.

4 – المحكمة العليا، غ.أ. ش، 2002/07/03، ملف رقم261925، م.ق، 2003، العد2، ص.272.

صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. – يعاقب كل من أشرف على إبرام العقد من دون بلوغ طرفيه سن 19 سنة كاملة، بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، وبغرامة 100.000 دج"[1].

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجده لم يَأخُذ بمعيار السن في الزواج، بل اعتمدعلى معيار البلوغ الجنسي. وذلك بظهور أماراته على الفتى والفتاة، كإنبات شعر العانة، والحيض لدى الفتاة، وبهذا يختلف ظهور الأمارات من شخص إلى آخر، لذلك استوجب اللجوء إلى تحديد سن معينة تكون معيارا لبداية البلوغ عند تأخر هاته الأمارات في الظهور لدى الفقه الإسلامي استثناءاً[2]. فقد حددها الإمام أبو حنيفة بـ 18 سنة للفتى و17 للفتاة، بينما حددها الشافعية والحنابلة والأحناف في الرأي المشهور عنهم بـ 15 سنة لكلا الجنسين، اما الفقه المالكي فحددها بـ 18 سنة لكلا الجنسين[3]. والرأي الراجح هو سن 15 سنة وذلك لما رُوي عن نافع عن ابن عمر قال[4]:"عَرَضَني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أُحُد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يُجزنِ، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة سنة فأجازني".

وقد اختلف الفقهاء في حكم زواج الصغار إلى من قال بالصحة، ومن قال بعدم الصحة. أما جمهور الفقهاء فقد أجمعوا على جواز تزويج الصغير والصغيرة ممن دون سن البلوغ. وسندهم في ذلك من الكتاب قوله تعالى:﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمْ إِنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ وَمَن يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَل لَّهُ مِنْ أَمْرِهِ يُسْرًا ﴿4﴾"[5] فبيّنت الآية عِدّة الصغيرة

1 – عدم تحديد الصداق لا يبطل العقد طبقا للمادة 2/15 ق.أ :"في حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل". وهنا أنا أعني الإمام الذي يشرف على ابرام عقد الزواج العرفي.

2 – تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تجاه الاكتشافات الحديثة، المرجع السابق، ص.48.

3 – عبد الله السويسي، المرجع السابق، ص.86.

4 – صحيح البخاري، المرجع السابق، ص.1504.

5 – سورة الطلاق، الاية 4.

التي لا تحيض، وهذا دليل على صِحة الزواج، إذْ لا عِدّة إلا من فُرْقَة في زواج صحيح[1]. أما من السنة روي عن عائشة رضي اللع عنها أنها قالت:"أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوجها وهي بنت ست سنين، وأُدْخِلَت عليه وهي بنت تسع ومكثت عنده تسعاً[2]".

أما الرأي الذي قال بعدم صحة زواج الصغار فيتمثل في كل من عثمان البتي، وابن شبرمة، و أبو بكر الأصم، حيث قالواْ بمنع زواج الصغار مِصْدَاقاً لقوله تعالى﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴿6﴾"[3]. أي أن بلوغ سن النكاح ضابط على انتهاء الصِغَر[4]. فيرى هذا الإتجاه من الفقهاء أن من أهم أهداف الزواج المُعاشرة والتناسل، والقيام بأعباء الأُسرة الثقيلة، فالصِغَار لم تتوافر فيهم الصِفات بَعْد لِتَمكّنِهم من تحقيق هاته المَقَاصد[5].

فمن خلال ما سبق، يتبين جلياً أن جُل التشريعات الوضعية بما فيها المُشرع الجزائري قد استندت إلى رأي ابن شبرمة، ولم تأخذ برأي الجمهور، وذلك يرجع إلى الإعتبارات التي ذكرناها آنفاً، لِمَا يعود على المَصْلَحَتَين الخاصة والعامة.

وبهذا الخصوص ينتقد بعض الفقه هذا التوجه التشريعي، حيث يقول:"وهذا التوجه ضعيف المستند، مُخالف لقول جمهور أهل العلم، بل هو مخالف لإجماعهم، وهو قول شاذ، لا يجوز اعتماده"[6] ويضيق القول:"والذين لم يجيزوا تزويج الولي للصغيرة لا يجوز أن توضع أقوالهم في مَصاف العلماء الأفذاذ الذين يُعْتد بِخِلافهم،

---

1 – أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.109.

2 – صحيح البخاري، المرجع السابق، ص.1973.

3 – سورة النساء، الآية 6.

4 – مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.127.

5 – منادي مليكة، المرجع السابق، ص.299.

6 – عمر سليمان الاشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،الطبعة الرابعة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2012، ص.123.

فممن قال بذلك أبو بكر الأصم من فقهاء المعتزلة، وخلاف المعتزلة لا يعتد به عند علماء أهل السنة حال اتفاق أهل السنة على قول، أما ابن شبرمة فهو من أهل السنة لكن مذهبه لَمْ يُحَقَّقْ"[1]. غير أن تكاليف الزواج اليوم المادية والمعنوية ليس في وسع الصِغار تَحَمُلِهَا، إلاَّ بعد النُضج الكافي الذي حدده المشرع بسن 19 سنة كاملة.

واستثناء عن الأصل، فإنه يجوز إبرام عقد الزواج لمن لم يبلغوا سن 19 سنة وذلك بترخيص من القاضي المُختص، بعد التثبت من وجود مصلحة تحقق المبتغى من الزواج، والتأكد من النضج الجسمي لدى الفتى والفتاة[2]. إذ يَنص المشرع الجزائري في م 7 ق.أ على أنه:"تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"[3]. فهنا تبقى السلطة التقديرية للقاضي، الذي يتأكد من وجود دوافع ومبررات مقبولة، حيث يكون الدافع إلى الزواج هنا درء لمفسدة قائمة، أو عدم تفويت مصلحة محققة[4]. كالخوف من الوقوع في الزنا، أو التعرض لضرر الكبت، أو الإنزلاق نحو الفساد والمحظور، أو مَخَافَةَ تضييع فُرصة الزوج الكفء، إلى غير ذلك من

1 – عمر سليمان الأشقر،المرجع السابق، ص123،124. ويشير الأستاذ إلى أنه إذا كان تزويج الصغار ممنوع فلا يجوز أن يُعد هذا المنع حكماً شرعياً، حيث يعاقب الأولياء قانونا ولا يحكم على فعله بالبطلان. فالزواج الذي استوفى الشروط الشرعية يعد صحيحا لازماً شرعا وقانونا، أما الشروط القانونية فلا تنشئ حكما شرعيا دينيا يحل حراما أو يحرم حلالاً.

2 – تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزاج، م.ج.ع.ق.ا.س،2000، العدد1، ص20 وما بعدها؛ عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجزائري في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص26،27.

3 – يقابلها مغربي، م 20:"القاضي الأسرة المكلف بالزواج ، أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في م 19اعلاه. بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي. – مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن".ويقابلها تونسي الفصل 6 :"زواج القاصر يتوقف على موافقة الولي والأم. – وان امتنع الولي أو الأم عن هذه الموافقة، وتمسك القاصر برغبته لزم رفع الأمر لقاضي. والإذن بالزواج لا يقبل الطعن بأي وجه".

4 – عثمان التكروري، المرجع السابق، ص.55.

المبررات. ويُشير هنا بلحاج العربي[1] إلى أنه، كان يتوجب على المشرع الجزائري ضمن التعديل الأخير للمادة 7 ق.أ الاكتفاء بالنص "بوجود مبررات مقبولة"، لربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي، بدلا من مصطلحي المصلحة والضرورة[2]. غير أن ما يلاحظ على نص م 7 ق.أ هو إغفال المشرع لتحديد الحد الأدنى الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل دونه عند إعمال سلطته في القرار بالترخيص بالزواج[3]. ويرى بن شويخ الرشيد أنه لا يُمكن في جميع الأحوال النزول عن سن 15 سنة لاعتبارات البلوغ الجسدي[4]، وأُؤيده حول هاته السن على اعتبارها الأرجح في الفقه الإسلامي للبلوغ كما تمت الإشارة إليه، وفقا لما روي عن نافع عن ابن عمر قال:"عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد في القتال وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنِ، وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمسة عشرة سنة فأجازني"[5].

وبتحديد سن 15 سنة كحد أدنى في حالة الإذن بالترخيص نكون قد خرجنا عن القواعد العامة في القانون المدني التي تحدد سن 13 سنة كسن للتميز، طبقاً للمواد 42 ق.م:"لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عنه، أو جنون. – يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة"، وم 82 ق.أ :"من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة "وم 83 ق.أ :"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة

---

1 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص.120.

2 – لتحديد مفهوم المصلحة راجع أكثر، تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ج1، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص.79 وما بعدها.

3 – سعيد بويزري، المرجع السابق، ص.195.

4 – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.61.

5 – صحيح البخاري، المرجع السابق، ص.1504.

النزاع يرفع الأمر للقضاء". فمن خلال تحليلنا لهاته النصوص نجد أنه لا يمكن للقاضي في كل الأحوال أن يمنح الإذن بالزواج دون سن 13 سنة، ذلك أن تصرفات الشخص الذي لم يبلغ سن 13 سنة كلها باطلة قانوناً بما فيها عقد الزواج.

هذا، وقد عرفت بعض التشريعات المُقارنة تحديد سن أدنى في حالة الإذن بالزواج كالمشرع الأردني الذي حددها بـ 15 سنة، إذ تنص م 5 من قانون الأحوال الشخصية الأردني :"يشترط في أهلية الزواج أن يكون الخاطب و المخطوبة عاقلين وأن يكون كل منهما قد أتم الثامنة عشرة سنة شمسية ، إلا أنه يجوز للقاضي أن يأذن بزواج من لم يتم منهما هذه السن إذا كان قد أكمل الخامسة عشرة من عمره وكان في مثل هذا الزواج مصلحة تحدد أسسها بمقتضى تعليمات يصدرها قاضي القضاة لهذه الغاية". والمشرع السوري حيث تنص م16 من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه :"تكتمل أهلية الزواج في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام السابعة عشرة من العمر"، و تنص م18 من نفس القانون على أنه :" إذا ادعى المراهق البلوغ بعد إكماله الخامسة عشر أو المراهقة بعد إكمالها الثالثة عشر وطلبا الزواج يأذن به القاضي إذا تبين له صدق دعواهما واحتمال جسميهما".

وتفريعاً عما سبق، يُمكن اقتراح تعديل م 7 ق.أ لتصبح كالتالي:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يأذن بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. – لا يجوز للقاضي أن يمنح الإذن بالزواج دون سن الخامسة عشرسنة ".

وبهذا نكون قد وفّينا بالدراسة والتحليل تجسيد المُشرع لمبدأ المساواة بين الجنسين في إنشاء عقد الزواج، الذي توصلت بنا الدراسة الى تكييفه بأنه عقد ونظام. كما يتمثل طرفاه في جنسين مختلفين،ذكر وأُنثى. وأخيراً بيّنّا أن المشرع ساوى في سن الزواج بين الرجل والمرأة، حتى تتماشى والمُقرر في القواعد العامة في القانون المدني.

وإضافةً لتجسيد وتفعيل مظاهر المساواة بين الجنسين عَمَدَ المُشرع إلى إلغاء كُل مَظاهر التمييز بينهما، الأمر الذي سنعالجه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

إلغاء مظاهر التمييز بين الجنسين

لقد حاول المشرع الجزائري إيجاد نوع من التوازن داخل الأسرة الجزائرية، وذلك بتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المركز القانوني لكليهما. حيث يتساوى كلا الجنسين في الحقوق والواجبات. وبذلك حرص من خلال تعديله لبعض النصوص بموجب الامر02/05، على إلغاء كل تمييز أو تفاضل بين الجنسين، لاسيما النصوص التي كانت تتضمن في روحها بعض الإقصاء والتمييز على المرأة داخل مؤسسة الأسرة. فعمد المشرع في ذلك إلى تعديل الأحكام الخاصة بالولاية في الزواج، ومسألة تعدد الزوجات. وهذا انطلاقا من كون المشرع يُسَاير تغير المجتمع الجزائري من النواحي الاجتماعية والاقتصادية والسياسية مع بقاءه مُحَافِظاً على النظام العام للدولة. وتبعاً لذلك سنتناول في هذا الفصل إلغاء ولاية الإجبار(المبحث الأول)، ثم تقييد تعدد الزوجات(المبحث الثاني).

المبحث الأول

إلغاء ولاية الإجبار

يُعَدُ الرِضَا رُكناً في جميع العقود طبقاً للقانون، حيث تنص المادة 59ق.م:"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". وبما ان الزواج عقد فانه تبعا لهذا النص ينعقد بتطابق ارادة طرفيه الرجل والمرأة، من جهة، ومن جهة أخرى طبقاً لصراحة المادة 4ق.أ:"الزواج هو عقد رضائي...".

وعلى اعتبار الإرادة أمر داخلي كامن في النفس فإن التعبير عنــها يكون بالصـيغة المتمثلة في الإيجاب والقبول[1]، حيث تنص المادة10ق.أ:"يكون الرضا بإيجاب من احد الطرفين وقبول من الطرف الأخر بكل لفظ يفيد معنى النكاح شرعاً". فالمشرع هنا استعمل مُصطلح شرعاً ولم يستعمل مصطلح قانوناً، وبهذا يكون فيه تعارض مابين

1 – عبدو أحمد، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،2000، ص90 .

نصوص القانون المدني(59إلى91) التي تُعَدُ الشريعة العامة لنظرية الرضا بما فيها الإيجاب والقبول، ونصوص قانون الأسرة(4و10)[1].

وبما أن عقد الزواج جُل أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية فإن هاته الأخيرة تعرف ما يسمى بنظام الولاية، والذي مفاده أن المرأة لا يمكن لها كأصل عام أن تُبرم عقد الزواج بمفردها بل يتوجب موافقة وليها. الأمر الذي يُثير تعارض مابين نظامي الرضائية، والولاية. فعلى اعتبار عقد الزواج عقد رضائي فينعقد بمجرد تطابق الإيجاب والقبول. ومن جهة أخرى، لا ينعقد عقد الزواج من غير ولي. فَبِأيّهمَا العبرة برضى المرأة(على اعتبارها طرفا في العقد)، أم بإرادة وليها؟

وبهذا، أخذت الولاية قِسطاً كبيراً من اهتمام ونِقاش فُقهاء الشريعة والقانون، وتناولها القضاء بالتحليل والتعليق من خِلال تضارب أحكامه لِغُمُوض النصوص التي جاء بها المشرع في هذا المجال.

هذا، والولاية لغةً مأخوذة من الفعل "وَلِي" بفتح الواو وكسراللام. وهي بكسر الواو: الوِلاية، فتعني النصرة والمحبة والتضامن، والولي هو الناصر والمحب والمعين. وقد تعني القائم بأمر الشخص والمُتولِّي لشؤونه، لأنها تحتاج من الولي إلى التدبير والقدرة كما تحتاج إلى نصرة المُولَّى عليه، والنسب أَدْعَى إلى تحقيق هذا[2]. ويسمى مُتَوَلِّي العقد الولي ومنه قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ﴿282﴾"[3] ، ﴿وَاللَّهُ وَلِيُّ الْمُؤْمِنِينَ ﴿68﴾[4]. وولي المرأة من يلي عقد نكاحها. والولاية اسم من أسماء الله الحسنى وتعني الناصر وذلك للدلالة على أنه هو المُتَوَلِّي لأُمور العالم والخلائق[5].

1 – عبدو أحمد ، المرجع السابق، ص.25.

2 – ابن منظور، المرجع السابق، ص406 وما بعدها.

3 – البقرة، الاية 282.

4 – آل عمران، الاية 68.

5 – ابن عابدين، المرجع السابق، ص.230.

أما في الإصطلاح، فَتُعرّف الولاية بأنها :"سلطة شرعية تخول لصاحبها إنشاء العقود والتصرفات وجعلها نافذة، سواء كان موضوع التصرف يخصه أو كان يخص من في ولايته ممن له عليه سلطة مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد الوكالة[1] ويعرفها أبو زهرة بأنها :"القدرة على إنشاء العقد نافذاً[2]". والولي في عقد الزواج هو :"من له على المرأة مِلك أو أبوة أو تعصيب أو إيصاء أو كفالة أو سلطنة أو ذو إسلام"[3].

أما قانوناً فتعني :"السلطة التي يقع إسنادها بمقتضى القانون أو بحكم القاضي لشخص راشد على مال الشخص أو نفسه أو على أحدهما فقط، ويكون عديم الأهلية أو مقيدها"[4]. ويعرف محمد محدة الولاية في الزواج:"بأنها تنفيذ القول على المرأة أو القاصر في حكمهما في الزواج، والإشراف على شؤون أي منهما في العقد من طرف شخص له المقدرة الشرعية على ذلك"[5].

وتُقسم الولاية إلى قاصرة ومُتعدّية. فالقاصرة هي قدرة الشخص على إنشاء العقد الخاص به على نفسه وماله، وتكون للشخص الحر البالغ العاقل، أي الذي يتمتع بالاهلية الكاملة[6]. أما الولاية المُتعدّية فهي ولاية على الغير. إما على المال أو على النفس وذلك بانشاء العقد الخاص بغيره بإقامة من الشارع[7]. والولاية المُتعدّية قِسمَان

1 – محمد سلام مدكور، أحكام الأسرة في الاسلام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967، ص.170.

2 – محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.107.

3 – أبو عبد الله الرصاع، شرح حدود ابن عرفة،ج1، وزارة الاوقاف المغربية، 1992، ص241، 242. والملك: يقصد بذلك الجارية فوليها هو سيدها. والأبوة: بالنسبة للحرة فالأب ولي على ابنته. والتعصيب: من العصبة الأخوة والأعمام في حالة عدم وجود الأب. والأيصاء: الوصي. والكفالة: الكفيل. والسلطنة: من تقرر عليها نظر من سلطان أو من يقوم مقامه كالقاضي فهو ولي من لا ولي له. وذو إسلام: أعم الولاية فإذا لم يود جميع من سبقوا فيصح ان يكون الولي أي شخص من المسلمين تتوفر فيه شروط الولاية.

4 – عمار الداودي، المرجع السابق، ص.160.

5 – محمد محدة، المرجع السابق، ص.192.

6 – فضيل سعد، المرجع السابق، ص.71؛ محمود علي السرطاوي، المرجع السابق.66.

7 – محمد أبو زهرة ، الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.107.

على النفس، وعلى المال. أما الولاية على المال فتعني سلطة التصرف في المال[1](وهي ليست موضوع دراستنا). في حين تعني الولاية على النفس:"مُجمل الحقوق والواجبات المترتبة للولي وعليه فيما يتعلق بشخص المولى عليه"[2]. وعليه يتبين لنا أن الولاية في عقد الزواج هي من ضمن فروع الولاية على النفس. ذلك أن الولاية المالية أساسها اختيار الأمين القادر على إدارة الأموال أما الولاية على النفس فأساسها أن عقد الزواج لا تعود مغباته على العاقدين وحدهما بل ينال الأسرة منه شئ من العار أو الفخار[3].

وبعد تعريف الولاية، سنحاول تبيين أقسامها في الفقه الإسلامي، حيث تُقسم إلى ولاية إجبار وولاية اختيار. (المطلب الاول)، ثم نتبين موقف المشرع الجزائري منها قبل وبعد التعديل، مع إلقاء الضوء على ماجاء به الفقه والقضاء.(المطلب الثاني)

المطلب الأول

الولاية في الفقه الإسلامي

ورد في لسان العرب مادة جبر، أَجْبَرتُ فلاناً على كذا فهو مُجْبَر وهو كلام عامة العرب.أي أَكْرَهْتُهُ عليه، وتميم تقول: جَبَرتُهُ على الأمر، أَجبرتُهُ جَبراً وجَبُوراً. قال الأزهري وهي لغة معروفة. وورد في المِصباح: وأجبرته على كذا بالألف:حملته عليه قهراً وغَلبةً فهو مُجبَر[4].

فكما أشرنا فإن عقد المرأة زواجها بنفسها من المسائل التي أُختُلِفَ حولها الفقهاء قديماً وحديثاً، نظراً لاختلاف الأدلة التي تتناولها، وفي هذا يقول ابن رشد:"لم تأتِ آية ولا سنة هي ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح، فضلاً عن أن يكون في ذلك نص،

---

1 – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص62 وما بعدها؛ وتشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون، المرجع السابق، ص.110.

2 – أنور الخطيب، المدنية في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية، منشورات المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، بيروت، ص.29.

3 – محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.107.

4 – لسان العرب مادة جبر؛ و المصباح المنير مادة جبر.

بل الآيات والسنن التي جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها، هي كلها مُحتملة، وكذلك الآيات والسُنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها، هي أيضاً مُحتملة في ذلك"[1].

ويُسمي بعض الفقه ولاية الإجبار بالولاية الكاملة، ذلك أن الولي يستبد فيها بإنشاء الزواج على المُولى عليه، ولا يُشاركه فيه أحد[2]. والذي يَهُمنا في هذا المقام هو ليس الإجبار المفروض على القُصر غير البالغين، إنما الإشكال الحقيقي هو بخصوص البكر البالغة الراشدة. حيث اِختلَف الفقه حول جواز تزويج الولي للراشدة البكر على رأيين. و في هذا الخصوص سنتناول الولاية عند جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة(ولاية الشركة) (الفرع الأول). ثم الولاية عند الحنفية(ولاية الاستحباب) (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الولاية عند جمهور الفقهاء (ولاية الشركة)

ذَهبَ جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن المرأة لا تُزوج نفسها على كل حال، وأن النكاح لا يكون إلاَّ بولي وهو شرط صحة مطلقاً للصغيرة والكبيرة والثيب والبكر[3]. غير أن الولي يُشارك المرأة البالغة العاقلة في اختيار زوجها، حيث ينفرد بتولي الصيغة بعد توافق إرادتها مع إرادته مُسبقاً[4]. وجاء في بداية المجتهد :"أن النكاح لايصح إلاَّ بولي ولا يُنكح المرأة إلاَّ وَليها"[5]. وفي المُغْنِي:"النكاح لا يصح

1 – ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، كتاب النكاح، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995ص.6.

2– محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.107.

3 – عبدالله التناني، المرجع السابق، ص.99؛ محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.371؛ رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ج1، ص.107؛ مشعل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة(دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية، الرياض، 2009، ص93 وما بعدها.

4 – أحمد أباش، المرجع السابق، ص.94.

5 – ابن رشد، المرجع السابق، ص.8.

إلاَّ بولي، ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكل غير وليها في الزواج، فإن فعلت لم يَصِح النكاح"[1]. وهو مذهب الإمام البخاري، وروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم، وذكر ابن المنذر أنه لا يعرف عن أحد من الصحابة خِلاف ذلك[2]. ولقد استدل هذا الإتجاه من الفقه على مجموعة من الأدلة من الكتاب والسنة .

فمن الكتاب قوله سبحانه وتعالى ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ﴾"[3]. وقوله تعالى ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ "[4]، فوجه الإحتجاج بالآيتين أنه تعالى خاطب بالنكاح الرجال ولم يُخاطب به النساء[5].

وأُجِيبَ بأن دلالة الآيتين هو خطاب لِأُولِي الأمر من المسلمين لا خطاب لولي المرأة[6]. وقال القُرطبي :"والخطاب للأولياء وقيل للأزواج والصحيح الأول وفي هذا دليل على أن المرأة ليس لها أن تُنكِحَ نفسها بغير ولي وهو قول أكثر العلماء"[7] وقال أيضاً:"فلم يُخاطب تعالى بالنكاح غير الرجال، ولو كان إلى النساء لذكرهن"[8]. وتم الرد على هاته الحجة بأن توجيه الخطاب لأولياء لا يدل حتماً على أن الولي شرط صحة في النكاح، وإنما خرج الخطاب بالأمر بالتزويج للأولياء مخرج العادة والعرف على الندب والإستحباب، ذلك أن النساء لا يتولين عقد الزواج بأنفسهن عادةً، لِما فيه من الحاجة إلى الخروج إلى محافل الرجال، بل الأولياء هم الذين يتولون العقد عليهن

1 – ابن قدامة، أبومحمد، موقف الدين،عبدالله بن أحمد بن محمد،المغني،ج9،دار الكتاب العربي، بيروت،1983، ص345.

2 – الحافظ ابن حجر العسقلاني الشافعي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة، ص.187.

3 – سورة النور، الاية32.

4 – سورة البقرة، الاية 221.

5 – ابن حجر، المرجع السابق، ص.184.

6 – ابن رشد، المرجع السابق، ص 9،8.

7 – القرطبي، المرجع السابق، ص.229.

8 – القرطبي، المرجع السابق، ص .463.

بعد تحصيل رِضَاهن[1].

وقال الطبري:"(تُنكِحُوا) دلالة على أن أولياء المرأة أحق بتزويجها مِنهَا نفسها"[2]. ورُدَّ عن هذه الحجة بأن الخطاب مفاده تزويج النساء من المؤمنين لا المُشركين، أنه استدلال في غير مَوضِعِهِ؛ لأنه لو كان الخطاب مُوجهاً لهم لَبيّنَ الله تعالى صفاتهم ومراتبهم، وإنما مقصود الآية الحقيقي هو اشتراط الكفاءة في الدين بين الزوجين.

وأُجيب عن هذا بأن هذا المعنى مجازي لا يُصار إليه إلاَّ بدليل فكان الخطاب في الآية للاولياء[3].

و قوله تعالى﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ ﴾"[4]روى البخاري في سبب نزول هذه الآية عن معقل بن يسار قال:"زوجت أُختاً لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جِئت تخطبها، لا والله لا تعود إليك أبداً، وكان رجلاً لابأس به، وكانت المرأة تُريد أن ترجع اليه. فأنزل الله هذه الاية، فقلت: الآن أفعل يارسول الله. قال فزوجها أيّاه"[5]. قال ابن حجر: "هذا دليل صريح على اعتبار الولي، و إلا لَمَا كان لِعَضْلِهِ معنى، ولأنها لو كان لها أن تزوج نفسها لَمْ تَحتج إلى أخيها ومن كان أمره إليه لا يُقال أن غيره مَنعه منه"[6].

ورُد على هاته الحجة أن آية العضل لا تدل على أكثر من نهي قرابة المرأة من منعها النكـاح، ولا يُفهم من نـهيهم عـن العضل اشـتراط إذنـهم في صـحة العقد،

---

1 – الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج2، النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت،2003، ص248.

2 – الطبري، المرجع السابق،ص.379.

3 – محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص.374.

4 – سورة البقرة، الاية232.

5 – صحيح البخاري، المرجع السابق، ص.1972

6 – ابن حجر، المرجع السابق، ص.187.

لا حقيقة ولا مجازاً، بل قد يمكن أن يفهم منه ضد هذا وهو أن الولي ليس له سبيل على المرأة[1].

أما من السنة: فقد استدلواْ بأحاديث كثيرة نذكر من بينها ما روى أبو داوود والترمذي وابن ماجة عن أبي موسى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:"لا نكاح إلا بولي". فالنهي يدل على عدم جواز انفراد المرأة بعقد زواجها ومباشرته بنفسها لاشتراط الولي في صحة النكاح[2].

ورُدَّ على هذا القول بأن هذا الحديث لم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم وبذلك لم يرِد في الصحيحين. ضِف إلى ذلك أن الاستدلال جاء في غير موضعه لِعدم تعرضه لموضوع الخلاف، ذلك أن انفراد المرأة لمباشرة عقد زواجها ليس زواجاً بغير ولي لِصيرورتها ولية نفسها عند إجـراء العقد كما هو الحال بالنسبة للرجل الذي يـلي عقد زواجه[3].

و عن أبي هريرة قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم قال:"لا تزوج المرأةُ المرأةَ، ولا تزوج المرأة نفسها، فإن الزانية هي التي تزوج نفسها". فيستدل من الحديث أن المرأة لا تنفرد بمباشرة عقد نكاحها لورود النهي، وبالتالي عدم صحته. بل ولا تنكح غيرها بولاية أو وكالة لعدم صحة عبارتها في النكاح، ذلك أنه من لايملك تصرفه بنفسه لا يملكه على غيره[4].

و ما روى أبو داوود والترمذي وابن ماجة عن عائشة قالت: قال رسول صلى الله عليه وسلم قال:"أيما امرأة نُكِحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن تشاجروا فالسلطان

---

1 – ابن رشد، المرجع السابق، ص.9.

2 – الصنعاني، محمد بن اسماعيل سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج3، دار المنار، القاهرة، 2002، ص.157.

3 – الجصاص أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، ج3، ط1، دارالكتب العربية، بيروت، 1994، ص.349.

4 – الصنعاني، المرجع السابق، ص.160.

ولي من لا ولي له". و يقول ابن قدامة:" فمفهومه -الحديث- صحته بإذنه -الولي- "[1]. فوجه الإستدلال من الحديث أن الولي شرط صحة في عقد النكاح، وبالتالي ليس للمرأة الإنفراد بعقد زواجها، ويتأكد ذلك بتكرار الحكم (باطل) في حالة انفرادها به[2].

ورُد عن هذه الحجة أن هذا الحديث لا يجوز الاحتجاج به، لأن الزهري -راوي الحديث- حين سُئل عنه لم يعرفه وأنكره، الأمر الذي يدل على ضعف ثبوته وعدم اعتباره[3]. ويُضاف إلى هذا النقد كون عائشة رضي الله عنها عملت بخلاف ما روت بتزويجها حفصة بنت أخيها عبدالرحمن، وهو غائب من المنذر ابن الزبير. وعمل الراوي بخلاف روايته يسقطها، ذلك أن فيه دلالة على نسخ الحديث[4]. غير أنه أُجيب عن هذا الرد باعتبار الحديث صحيح ثابت فقد رواه الجماعة عن الزهري ولم يذكروا نسيانه، كما أن النسيان لم يُعصم منه أحد[5].

أما من المعقول، فتتميز المرأة عن الرجل بكونها شديدة العاطفة ودائما ما تتأثر بزخرف القول وتنخدع من مظاهر الامور الأمر، الذي من خلاله قد تقع في زواج لا تتحقق معه الغاية من الزواج[6]. كما يغلب عليها طابع الحياء والحِشمة مما يحول بينها وبين الجلوس في مجلس العقد مع الرجال. ويقول ابن قدامة:" ولأن المرأة إنما مُنعت الإستقلال بالنكاح لِقُصور عقلها، فلا يؤمن انخداعها ووقوعه منها على وجه المفسدة،

1 - ابن قدامة، المرجع السابق، ص.346.

2 - الشوكاني، محمد بن علي اليمني، نيل الاوطار من أسرار منتقى الأخبار، ط1، ج12، كتاب النكاح، دار ابن الجوزي، جدة، 2002، ص.75.

3 - الصنعاني، المرجع السابق، ص.158.

4 - الكاساني، المرجع السابق، ص.249؛ ومحمد البلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة المرجع السابق، ص254،255.

5 - ابن قدامة، المرجع السابق، ص.346.

6 - نصر سلمان،وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص.111؛ عبدالقادر الداودي، مقاصد نظام الاسرة في التشريع الاسلامي، المرجع السابق، ص.124.

وهذا مأمون فيما إذا أذن فيه وليها"[1]. فالمرأة تتجه في الغالب إلى تحكيم عاطفتها، مما يجعلها سريعة الإغترار بمن يُعرض عليها حبه ورغبتها فيه فكانت بحاجة إلى شخص يُعينها بالفحص والتفكير العقلي للتحقق من صدق رغبتها[2].

ويُضاف إلى هذا، أن الشريعة الإسلامية قد أجازت للمرأة البالغة العاقلة الأهلية الكاملة في مجال العقود والتصرفات المالية. غير أن لعقد الزواج خصوصيته. فالآثار الناتجة عن سوء الإختيار في عقد الزواج أشد وأخطر من تلك المترتبة عن العقود المالية، فالضرر في هاته الأخيرة هو ضياع المال فيقتصر على المرأة وحدها، في حين الضرر في عقد الزواج يتعدى المرأة إلى أهلها وعائلتها. حيث يقول أبوزهرة:"أساس الولاية أن عقد الزواج لا تعود مغبّاته على العاقدين وحدهما، بل ينال الأسرة منه شئ من العار أو الفخار"[3]. وفي نفس الإطار يقول العلامة محمد الطاهر بن عاشور:"أن يتولى عقد المرأة ولي لها ليظهر أن المرأة لم تتولَ الركون إلى الرجل وحدها دون علم ذويها، لأن ذلك أول الفروق بين النكاح وبين الزنا والمُخادنة والبغاء والاستبضاع، فإنها لا يرضى بها الأولياء في عُرف الناس الغالب عليهم، ولأن تولي الولي عقد مولاته يهيئه إلى أن يكون عوناً على حراسة حالها وحصانتها. وأن تكون عشيرته وأنصاره وغاشيته وجيرته عوناً له في الدب عن ذلك"[4].

الفرع الثاني

الولاية عند الحنفية(ولاية الاستحباب)

أجاز الحنفية للمرأة البالغة العاقلة الرشيدة بكراً كانت أم ثيباً من امكانية ابرام عقد زواجها بمفردها من غير إذن وليها. ذلك أن الشارع لم يُشرع لنا في ذلك نصاً

1 – ابن قدامة، المرجع السابق، ص.346.

2 – محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، دار السلام، مصر، 2005، ص.331.

3 – محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.108.

4 – محمد الطاهر بن عاشور، المرجع السابق، ص.155.

صريحاً. فلو ذكر اشتراط الولي صراحة لبين جنس الأولياء وأصنافهم ومراتبهم [1].

غير أن أبا حنيفة شدد في اشتراط الكفاءة فيمن تختاره المرأة، فإذا كان قد خالف جمهور الفقهاء في إطلاق حريتها فقد احتاط لحق وليها، فاشترط الكفاءة لصحة العقد للزوم العقد بالنسبة للولي، كما اشترط ان يكون المهر مهر المثل[2]. وعليه فإن الجمهور أخذ برأي الولي قبل العقد، وأبو حنيفة جعل للولي حق الاعتراض اذا كان الزوج غير كفئ او اذا كان المهر دون مهر المثل. فهو حدد حق الولي وهم أطلقوه، و هو لم يجعل له سلطاناً ابتداءًا و هم جعلوا له ذلك السلطان[3] . وقد استدل الحنفية على ذلك بمجموعة من الحجج من الكتاب و السنة .

فمن الكتاب، الله تعالى أضاف إلى المرأة فعل النكاح في القرآن الكريم، فدل أنها تملك مباشرة العقد على نفسها بنفسها وذلك من خلال عدة آيات. –قوله تعالى﴿ وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾"[4]. ففيه دلالة على انه يجوز للمرأة ان تزوج نفسها بدون ولي ويتضح ذلك من خلال ان الله عز وجل أضاف النكاح إليهن" أَن يَنكِحْنَ " فدلّ على النكاح بعبارتهن من غير شرط الولي. ومن جهة أخرى نهى الأولياء عن المنع من نكاحهن أنفسهن أزواجهن إذا كان هناك تراضٍ بين الطرفين[5].

ورُدّ على هذا الرأي بكون أنه استدلال في غير موضعه فالآية تدل على وجوب الولي وليس العكس. فالآية نزلت في معقل بن يسار، ولو لم يكن له الحق في ولايته عليها لما عاتبه القرآن الكريم على التعسف في استعمال هذا الحق.

---

1 – ابن رشد، بداية المجتهد، 9/2. والكاساني، بدائع الصنائع، 247/2. وابن حجر، فتح الباري، 187/9.

2 – محمد أبو زهرة، الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.129؛ اسامة ذيب مسعود، أثر الاكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2006، ص51،52.

3 – محمود علي السرطاوي، المرجع السابق، 64،65؛ اسماعيل ابابكرالبامري، المرجع السابق، ص113

4 – سورة البقرة، الآية 232.

5 – الكاساني، المرجع السابق، ص.248.

حيث يقول الشافعي:"هذه الآية دليل صريح على اعتبار الولي وإلا ما كان لِعضله معنى"[1].

وقوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا إِن ظَنَّا أَن يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾[2].حيث أضاف سبحانه وتعالى فعل النكاح إليهن" حَتَّىٰ تَنكِحَ " فدلّ على أن للمرأة الحق في إنشاء عقد زواجها من غير إذن وليها. ومن جهة أخرى نسب عز وجل التراجع إلى كلا الزوجين من غير ذكر الولي "فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا "[3]. ورُدّ على هذا الاستدلال أن النكاح ها هناهو الوطء فلا يصح الاستدلال به[4].

وأيضاً قوله تعالى:﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [5]. فوجه الدلالة من الآية جواز فعل المرأة في نفسها وانتفاء شرط الولي لصحة العقد، وبالتالي جواز انفرادها بمباشرة عقد زواجها بنفسها[6].

ورُدّ على هذا الاستدلال من ناحية أن سياق الآية العام جاء في عِدّة الوفاة، حيث تكون المرأة ممنوعة من الزينة والخروج حزناً على زوجها المتوفى، فبعد انتهاء العدة يُرفع عنها هذا الحجر.

أما من السنة، ما روي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صُماتها"[7]. وإنما كان إذنها صُماتها من أجل حيائها في الغالب، لما روى البخاري عن عائشة قالت: يا رسول الله

1 – الشافعي، الأم، 14/5.

2 – البقرة، الآية 230.

3 – الجصاص، المرجع السابق، ص.400.

4 – ابن العربي أبو بكر المالكي، أحكام القرآن،ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص.198.

5 – البقرة، الآية 234.

6 – الجصاص، المرجع السابق، ص.400.

7 – صحيح البخاري، المرجع السابق، ص.2556.

إن البكر تستحيي؟ قال:"رضاها صُماتها"[1]. فإذا تغلبت على حيائها لكبر سنها مثلاً فهي أحق بنفسها أيضاً، لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً[2]. فوجه الاستدلال من الحديث، أن النبي صلى الله عليه وسلم شارك بين المرأة و وليها، غير أنه قدم المرأة على الولي" الأيم أحق بنفسها من وليها ". فإذا باشرت المرأة عقد زواجها منفردةً وقع صحيحاً بكراً كانت أو ثيباً[3].

وردّ عن هذه الحجة أن المقصود بـ" الأيم أحق بنفسها من وليها " أن الولي لا يزوجها الا برضاها وإذنها، وحقها في النكاح أوكد من حق الولي، فلو أراد تزويجها كفؤا وامتنعت لم تُجبر، ولو أرادت أن تتزوج كفؤاً وامتنع أُجبِر، فإن أصر زوجها القاضي، وليس المقصود تولي العقد بنفسها[4].

وما روى الامام مالك والبخاري، عن خنساء بنت خُذام الأنصارية:"أن أباها زوجها وهي ثيب، فكرهت ذلك، فأتت الرسول صلى الله عليه وسلم فرد نكاحه"[5].

وعن عائشة :"أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة، قالت: اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم ، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر اليها، فقالت: يارسول الله قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أَعلم هل للنساء من الامر شئ". وفي رواية:"ولكن أردت أن تعلم النساء أنه ليس للآباء من الأمر شئ"[6].

1 – صحيح البخاري، المرجع السابق، ص.1974.

2 – عبد الله التناني، المرجع السابق، ص.104.

3 – الكاساني، المرجع السابق، ص.248.

4 – شرح صحيح مسلم للنووي، دار الفكر، بيروت، ص. الامام الباجي أبو الوليد سليمان الأندلسي المالكي ، المنتقى شرح موطا الامام مالك ج3، دار الفكر ، بيروت ، 1983.ص 204.

5 – الامام الباجي أبو الوليد سليمان الأندلسي المالكي ، المنتقى شرح موطا الامام مالك ج3، دار الفكر ، بيروت ، 1983، ص535.

6 – صحيح البخاري، المرجع السابق، ص. 1974.

ورُدّ على هذا الاستدلال بكون هذا الحديث ضعيف، وحتى لو تم التسليم بصحته فيُرد عليه بأن أباها زوجها من غير كفئ في قولها:"ليرفع بي خسيسته "[1].

أما من القياس، فقد قاس الحنفية حق تزويج المرأة نفسها على بقية حقوقها المالية، من بيع وإيجار وديّن وغيره، وقالوا: إذا صح استيفاء المرأة حقوقها في المال فكذلك يصح استيفاء حقوقها في الزواج[2].

وبعد دراستنا لرأي الجمـهور والحنفية يمكن استبيان موقف المشرع الجزائري فيما يخص الولاية –التي أسالت الكثير من الحِبر– وهذا قبل وبعد تعديل قانون الاسرة آخذين بعين الاعتبار موقف القضاء الجزائري.

المطلب الثاني

موقف المشرع الجزائري من الولاية

شُرِعت الولاية في الشريعة الاسلامية حِفاظاً على حقوق العاجزين عن التصرف، بسبب فقد الأهلية أو نقصها. حيث من عجز عن رعاية مصلحته أقام له الشارع من يتولى شؤونه، ليحقق له النفع ويدفع عنه الضرر[3].

وعليه، فإن الولاية في الزواج ليست بالحجر القانوني، كما أن سببها لا يرجع إلى نقص أهلية المرأة، بل على العكس من ذلك فهي للحفاظ على سمعتها وكرامتها وإنسانيتها[4]. وهذا خلافاً لما يدعيه بعض فقهاء الغرب، من أن الولاية هي حق مطلق وأنها سلطة تحكم بدون حدود منافية لمبدأ الرضائية في عقد الزواج. وبهذا وصف

---

1 – ابن قدامة، المرجع السابق، ص.339.

2 – ابن حجر، المرجع السابق، ص.187.

3 – مصطفى السباعي، شرح قانون الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص.152.

4 – أحمـد الخمليشـي، التعليـق علـى قـانون الاحـوال الشخصـية المغربـي، ج1، مكتبـة المعـارف، الربـاط، 1987،ص.200.

القضاء الفرنسي في الجزائر نظام الولاية بكونه "وحشي وخشن"[1].

ومن خلال هذا سنحاول مناقشة اتجاه المشرع الجزائري في ظل كل من قانون11/84(قبل التعديل)(الفرع الأول)، والأمر 02/05(بعد التعديل)(الفرع الثاني).

الفرع الأول

الولاية في ظل قانون 11/84

نَظَّمَ المُشرع الجزائري أحكام الولاية بموجب النصوص 9و11و12و13.حيث تنص م9:"يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وبولي الزوجة، وشاهدين وصداق". فيُستنتج من نص المادة أن المشُرع اعتبر الولاية ركن في عقد الزواج إلى جانب كل من الرضى والصداق والشهود. و نتيجةً لذلك إذا تخلف ركن الولي عُدَّ العقد باطلاً[2] طِبقاً للنظرية العامة لبطلان العقد المُقررة في القانون المدني[3].

غير أنه وبمقارنة هذا النص مع كل من نص المادة32 ق.أ:"يُفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه...."، ونص المادة 33ق.أ:"إذا تم الزواج بدون ولي أو شاهدين أو صداق يُفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل إذا اختل **ركن** واحد، ويبطل إذا ختل أكثر من ركن واحد"، يتبي لنا جلياً غموض وتناقض بين هاته النصوص فكيف يترتب على تخلف ركن الفسخ وليس البطلان. الأمر الذي يُفسر أن المُشرع أخلط بين المصطلحين القانونيين "الفسخ"و"البطلان". فمصطلح الفسخ

---

1 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الاسرة وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص241. وفي نفس هذا الرأي تذهب بعض الحركات النسائية في الجزائر معتبرة الولي فيه مس بكرامة المرأة ومواطنتها ومخالف لمبدأ المساواة الدستوري. راجع، الشيخ شمس الدين، المرجع السابقن ص91–94.

2 –D.TCHOUAR, Causes de nullité de mariage et causes de divorce en droit algérien, Thèse d'Etat, Rennes , 1987.

3 – رواق فتيحة، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه، مذكرة ماجستر، جامعة الجزائر،1995/1994،ص.50 وما بعدها؛ وتوفيق شندارني، فسخ عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستر، جامعة الجزائر،1996/1995، ص.40 وما بعدها.

الوارد في المادة 32 لا يتماشى من الناحية القانونية وفحوى النص ذاته[1]. ذلك أن الفسخ يرد على عقد صحيح مكتمل الأركان. فترتبه يكون جراء إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته طبقاً لمادة1/119 ق.م:"في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوفِ أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمُتعاقد الآخربعد إعذاره المدين أن يُطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك" فالنص صريح بأن الفسخ أثر يترتب في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته.

وبالرجوع للمادة33 نجدها رتبت الفسخ عند اختلال ركن واحد فقط، وحددته في الولي والصداق والشهود، ولم تذكر الرضى. مما يُستشف منه أن غياب ركن الرضى وحده يترتب عليه البُطلان وليس الفسخ، من جهة ومن جهة اخرى، فإن كل من الولي والصداق والشهود هي شروط صحة وليست بأركان. و وهذا بمفهوم المُخالفة، فلماذا ميز المُشرع بين الاركان الأربعة إذن؟

ولقد عمل المشرع على تفادي هذا الخلط في المصطلحات والمفاهيم عند تعديله للمواد9 و32 و33 بموجب الامر 02/05 (التي سنُعالجها لاحقاً)مما يجعلها متلائمة ومنسجمة بينها من الناحية القانونية.

فبعد تكييفنا للولي على أنه ركن في عقد الزواج نُعرج على طبيعة الولاية التي أخذ بها المُشرع من خلال استقراء النصوص11و12 و13. تنص م11:"يتولى زواج المرأة وليها وهو أبوها فأحد أقاربها الأولين. والقاضي ولي من لا ولي له". وتنص م12:"لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها. وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به، مع مُراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير

1 – بن شويخ الرشيد، الاحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص198 وما بعدها؛ و محمد محدة، المرجع السابق، ص.200؛ وشهرزاد بوسطلة، الولي في عقد الزواج وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة،2011، العدد4، ص.43.

أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت". وتنص م13:"لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يُجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

فيرى الأستاذ محمد محدة أن المُشرّع عبّر صراحةً عن اتجاهه في منع ولاية الإجبار في الزواج في المادة 13، على اعتبار رفعه لسن زواج المرأة إلى 18 سنة. فلم يرَ مُبرراً بعد ترشيدها لابقاء الولاية عليها جبراً، ذلك لما أصبح لديها من الخبرات والتفكير الناضج ما يؤهلها على اتخاذ القرار الملائم لمصلحتها، وهو أمر منطقي ويتماشى مع قول الفقه[1]. حيث يقول ابن القيم:"لا تُجبر البكر البالغ على النكاح ولا تتزوج إلا برضاها"[2]. ومن جهة أخرى فإن المُشرع لا يسمح للمرأة بإبرام عقد الزواج بنفسها بل لابد لها من ولي ينوب عنها، طبقاً للمادة11، وبمقاربتها مع م33ق.أ يتضح مُخالفة المُشرع لمذهب الامام مالك الذي قال عندما سُئِل عن حال المرأة التي تُزوج نفسها دون ولي فأجاب: بأنه لا يُقر هذا النكاح أبداً على أي حال وإن تطاول وولدت منه أولاداً لأنها هي التي عقدت النكاح فلا يجوز ذلك على حال. وبذلك ذهب الأستاذ محدة إلى القول :"بمطالعتنا النصوص لا نَرَى المشرع سار على أي من هذه الأراء، بل سلك مسلكاً مُخالفاً. فهو منع ولاية الإجبار بنص للمادة 13، ولم يُجِزْ للمرأة أن تتولى عقد زواجها بنفسها، بل جعل ذلك من حق الولي طبقاً للمادة 11ولم يتطلب حضورها في أي نص قانوني آخر...ومن ثَم فإننا نقول على المشرع ما دام سائراً نحو منع ولاية الاجبار عليه النص صراحةً عن حضور المرأة أثناء عقد الزواج"[3]. فيُمكننا القول بمُشاطرة الاستاذ الرأي بكون المشرع لم يأخذ برأي صريح(الجمهور أو الحنفية) بل جمع بين كلا الرأيين.

1 – محمد محدة، المرجع السابق، ص192 وما بعدها.

2 – ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد،ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1992،ص.2.

3 – محمد محدة، المرجع السابق، ص.194.

وبهذا يكون المشرع قد أعطى أساساً للولي صِفة المُباشرة، مع إستئذان المرأة وحصول رضاها، مؤسساً رأيه من خلال تغير الظروف والأحوال، فالمرأة لم تبقى كما كانت عليه من قبل حبيسة المنزل والرجل من حولها صندوق مُغلق لا تعلم عنه شيئاً، بل أصبحت تعمل مع الرجل جنباً إلى جنب في شتى المجالات الجامعة والبرلمان والوزارة والثكنة العسكرية[1].

ويذهب الأستاذ العربي بلحاج إلى أن المشرع قد أخذ برأي الجمهور استناداً إلى نص م11ق.أ فتفوض المرأة وليها ليقوم مقامها في إبرام العقد. يُضاف إلى هذا أنه جعل من الولاية اختيارية تعتمد على موافقة المرأة، غير أن الولي هو من يمثلها ويعبر عن ارادتها[2] وشروطها في مجلس العقد في حدود مهمته[3]. فَلا يَمنعها إذا رغبت فيه(م12ق.أ)، ولا يُجبِرها إذا أعرضت عنه(م13ق.أ). ونفس الرأي قال به الاستاذ عبدالفتاح تقية أين قال:"إن الناظر إلى القانون(م11) يجد الموافقة مع ما ذهب إليه فقهاء المالكية وجمهور الفقهاء من اشتراط الولي في النكاح"[4].

وبالتالي فإن المُشرع الجزائري أَجاز للمرأة البالغة أن تُباشر عقد زواجها بنفسها طبقاً للمادة9، على أن يكون ذلك بموافقة الولي طبقاً للمدتين 11و13، وهذا من منطق أن الولي أدرى بشؤون موليته ويعمل على الحفاظ عى مصلحتها[5].

وفي نفس السياق، أشارت دنوني هجيرة إلى أن نصوص 11و12و13 من قانون الأسرة يكتنفها بعض الغموض والتناقض أحياناً، واختلطت الامور بين إذن

1 – الاكحل بن حواء، مقارنة بين تزويج المرأة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الاصالة، جانفي 1978، العدد53، ص.111.

2 – وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر، ص213 وما بعدها.

3 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص.124.

4 – عبد الفتاح تقية، قانون الاسرة مدعماً بأحدث الاجتهادات القضائية، المرجع السابق، ص.161.

5 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص.126.

ومنع، وبكر وثيب[1]. وهو ماذهب إليه عبد العزيز سعد عند الاشارة إلى أن المشرع الجزائري قد عالج الولاية باعتماد عدة أحكام وقواعد مُتداخلة يكتنفها شئ من الغموض، فعند تعليقه على المادة11 أشارة إلى أنه إضافةً إلى توفر رضا الخطيبين لانعقاد الزواج، فإن رضا الفتاة لا يكفي وحده بل لابد من تطابقه مع رأي الولي. لِيُبرِمَ العقد نيابةً عنها في الحالات التي يمنعها العُرف والخجل من حضور مجلس العقد الذي يحضره جنس الرجال[2].

وفيما يَخُص منع الولي موليته في الزواج كان المُشرع صريحاً بموجب المادة1/12 حيث وضع قاعدة عامة تشمل البكر والثيب، شريطة توفر السن القانونية وأن يكون الزوج كُفئاً لها، أن تتزوج منه ولو بعدم موافقة الولي المؤسسة على اعتبارات غير مصلحة الفتاة. وذلك بعد اللجوء إلى إذن القاضي. وبالرجوع إلى م13 فإن المُشرع اعتمد المذهب الحنفي، حيث لا يجوز إجبار الفتاة بكراً كانت أو ثيباً

(لها أهلية الزواج) على الزواج إلا برضاها[3].

ولقد وافق القضاء ما ذهب اليه المُشرع، حيث قضت المحكمة العليا في بعض قراراتها بأنه :"ليس للمرأة أن تزوج نفسها وأن حضور وليها إلى جانبها هو شرط أساسي، و إلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقاً يقضي به القاضي من تلقاء نفسه"[4]. فهنا المحكمة العليا كانت واضحة في اتجاهها الداعم لموقف المُشرع في تأكيدها على الولي في عقد الزواج. وقضت أيضاً بأنه:"متى كان من المُقرر شرعاً أن الزواج الصحيح لا يقوم إلا على أركان مبينة بوضوح، ويَقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا

---

1 – دنوني هجيرة، إجحاف قانون الاسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، ، 2000، العدد3، ص479.

2 – عبد العزيزسعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص120،121،124؛ ونفس الطرح ذهب اليه بن شويخ الرشيد، الثابت والمتغير في قانون الاسرة، المرجع السابق، ص.89.

3 – عبد العزيزسعد، الزواج والطلاق في قانون الاسرة الجزائري، المرجع السابق، ص122،123.

4 – المحكمة العليا ، غ.ق.خ، 1966/12/07، م.ج،ج1، 1986، ص.139.

بولي وصداق وشاهدي عدل، وأيضاً لا يزوج البنت أب ولا غيره إلا برضاها وتأذن بالقول، ومن ثَم فإن القَضاء بِما يُخالف أَحكام هذا المبدأ يُعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"[1]. ومن ثمَّ أكدت المحكمة على وجوب رضى المرأة.

وقضت أيضاً:"لا يجوز للأب أن يمتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليه الامتناع. ولذلك فإن القضاة بقضائهم بإذن المُدَّعية بالزواج طبقوا صحيح القانون، لا سيما المادتين12 و9 من قانون الاسرة"[2]. من خلال هذا القرار يتبين لنا أن القضاء يُؤكد على أحقية المرأة في اختيار شريكه بكل حرية وفق الضوابط الشرعية والقانونية. وفي قرار حديث لها ذهبت إلى أنه:"يبطل الزواج بانعدام ركن الرضا ولا يحق إجبار المرأة غير الراضية به على إتمام إجراءات الزواج"[3]. فالمحكمة العليا هُنا تُؤكد على أنه لا يحق للولي أن يُجبر موليته على الزواج إلا برضاها.

وتفريعاً عما سَبَق، نَخلُص إلى أن المشرع الجزائري في ظل قانون84/11 أخذ برأي كل من الجمهور والحنفية في مسألة الولاية. فعلى اعتباره الولي ركن في عقد الزواج يكون موافقاً لرأي المالكية، فلا يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من غير ولي. وبالنسبة لمسألة منع الولي موليته من الزواج، تماشى المُشرع ورأي الجمهور في عدم جواز المنع، آخذاً برأي المالكية بخصوص منع الفتاة البكر من الزواج من طرف وليها مُراعاةً لمصلحتها. أما بالنسبة لفحوى م13 التي تمنع الولي من إجبار موليته على الزواج من غير تفرقة بين البكر والثيب، فقد جاءت متوافقة ورأي الحنفية، من أنه لا يجوز للولي أن يُجبر البكر البالغ على الزواج. فالمُشرع حاول التوفيق بين رضى المرأة

1 – المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1984/09/24 ، ملف رقم 34438 ، م.ق ، ، 1999 ، العدد 01، ص.64 .

2 – المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 1993/03/30 ، ملف رقم 90468 ، م.ق ، 2003، العدد 02، ص.267 .

3 – المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2000/07/18 ، ملف رقم 249128 ، م.إ.ق، ص267 .

ووليها على اعتبار أن عقد الزواج يختلف عن بقية التصرفات المالية للإعتبارات السالفة الذكر.

غير أنه نتيجة لِتعالي بعض الأصوات من الداخل والخارج، والتي طالبت المُشرع بإلغاء الولي لاعتباره يمس كرامة المرأة ويُنقص من أهليتها، وفيه تضارب بين نصوص الأهلية المقررة في القواعد العامة في القانون المدني، وقانون الأسرة. وفيه أيضاً خرق للمواثيق الدولية التي صادق عليها المشرع والمتضمنة مبدأ المساواة بين الجنسين المُؤسَسة على نظرية الجندرة، وإلى غيرها من البواعث التي دفعت بالمشرع إلى محاولة إلغاء ولاية الاجبار من مؤسسة الزواج. الأمر الذي نُعالجه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

إلغاء ولاية الإجبار في ظل الأمر 02/05

بِمُوجب الأمر 02/05 عَمل المُشرع على تعديل وإلغاء بعض النصوص المُنظمة للولاية، وذلك لاعتبارات عدة[1]. حيث باتت المادة 9تنص:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين". وأضاف م9مكرر:"يَجب أن تتوفر في عقد الزواج اشروط الآتية:- أهلية الزواج.- الصداق.- الولي.- شاهدان.-انعدام الموانع الشرعية للزواج". وعُدلت م11:"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره. - دون الإخلال بأحكام المادة7 من هذا القانون يتولى زواج القُصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له". وأُلغيت المادة12، وعُدِلت م13:"لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يُجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها".

1 - تشوار جيلالي، عدم المذهبية الصرف، المرجع السابق، ص.307.

انطلاقاً من المادتين4[1]و9 ق.أ يتبن جلياً أن المُشرع حسم أمره بحصر أركان الزواج في ركن وحيد ألاَ وهو الرضا[2]. وبمفهوم المُخالفة فإن كل ماعداه يندرج تحت وصف الشرط، غير أنه يؤخذ على المشرع ذكره فقط لأركان الزواج (9و9مكرر) ولم يذكر شروط الزواج فكان ينبغي إدراج م9مكرر تحت عنوان شروط الزواج.

وتعليقاً على هذا التعديل ينتقد الجيلالي تشوار هذا التعديل بِشِدَّة، حيث يقول:"ومن زاوية الولاية في الزواج، انفرد المُشرع الجزائري بنص لم نجد له مثيلاً لا في المذاهب الفقهية ولا في النصوص القانونية المُعاصرة"[3]. فالمذهب الحنفي أعطى الولي حق الاعتراض على زواج المرأة البالغة الراشدة –الذي تُباشره بمُفردها– إذا كان الزوج غير كفؤ، أو إذا كان المهر أقل من مهر المِثل، الأمر الذي لم يقرره المُشرع في التعديل.

وإضافةً إلى هذا، ينتقد الأُستاذ م11:".....أي شخص آخر تختاره.."، حيث يُشير إلى عدم عقلانية حُضور أي شخص ليست له أي مصلحة في هذا العقد، ومهما كانت علاقته مع المرأة ليكون ولياً عليها. فوصف هذا الأمر بـ"التلفيق القبيح" بين مؤسسة الأسرة في كل من الإسلام والغرب. فالتركيز على ركن الرضا وحده في تأسيس الزواج يُعد خطوة نحو الإنحراف من طرف المُشرع، بداعي التأثر بالظروف

1 – م4:"الزواج هو عقد رضائي...."

2 – عبد القادر بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الاعلامية، وهران، 2005، ص.83؛ و بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري مابين الإلغاء والإبقاء،مجلة الفقه والقانون، ، جوان 2014، العدد20، المغرب، ص.156 وما بعدها.

3 – دوافع الحكومة الجزائرية لتعديل قانون الأسرة ".....وفيما يتعلق بمشروع القانون المتضمن الموافقة على الأمر رقم 02/05، فإنه يأتي من منطلق أن القيم والمبادئ الإنسانية لكل مجتمع بشري إنما تتجلى عبر نُظم علاقات أحواله الشخصية التي ترتسم من خلالها الصورة الحقيقية المُعبرة عن مَفاهيمه للعدل والمساواة والحرية ومدى التزامه بها وتطبيقه لها في علاقات الفرد مع أقرب الناس إليه في المجتمع....ومن أهم المسائل التي طالها التعديل في قانون الأسرة الحالي باختصار هي ما يأتي:2– الزواج: تتعلق التعديلات في هذا الجانب أساساً بطبيعة عقد الزواج وركن الرضا فيه...الولاية شرط في عقد الزواج، وزواج المرأة الراشدة يتم بحضور وليها.....". الفترة التشريعية الخامسة، الدورة العادية السابعة، الجلسة العلنية المُنعقدة يوم الاثنين 2005/03/14، ج.ر 146 لسنة2005.

والتطورات الحديثة[1]. فالأخذ بماهو موجود عند الغرب من ناحية الأُسرة فيه قياس مع الفارق، فالغرب يُكيف الزواج كغيره من العقود، ويُخضعه لمبدأ سلطان الارادة. وكمثال على ذلك هو ما قَننه المشُرع الفرنسي لزواج مثليي الجنس خُضوعاً لإرادتهما الحُرة. وفي نفس الفكرة يقول بن شويخ الرشيد:"وهذا الأمريُعد غريباً في مجتمعنا، لأنه يتناقض مع العُرف الجاري في هذا الشأن "[2].

ومن ناحية أُخرى، يرى الأستاذ تشوار جيلالي أن تعديل م11ق.أ أراد به المشرع تجسيد مبدأ المساواة بين الزوجين، الذي جاءت به المواثيق الدولية. غير أنه يتوجب أن تكون المساواة بين الرجل والمرأة في إطار البُعد الإنساني الحضاري، وليس على أساس الإباحية المُطلقة الرامية للتلاعب بجسم المرأة[3].

وتذهب الأستاذة حميدو تشوار زكية، عند تناولها لِمكانة الولاية في إطار حقوق المرأة الراشدة العاقلة، إلى أن المُشرع لم يكن صريحاً في منح هذا الحق، بل استعمل أسلوب التلميح، وذلك بتغيير صيغة م11ق.أ من عبارة "يتولى زواج..." إلى عبارة"تعقد المرأة الراشدة...". الأمر الذي ترتب عنه تناقض وغموض في النصوص(م9و33ق.أ)، فدور الولي أصبح شكلياً وثانوياً لكونه لا يُمكنه إجبار موليته على الزواج في جميع الحالات، لصراحة نص م11 عند الاشارة إلى عبارة"الحضور"، وليس"الموافقة"[4]. ومن جهة أُخرى لها أن تختار للحضور وليها أو غيره، وتتساءل هُنا الدكتورة هل سيكون هذا الشخص الآخر الغريب عن أسرتها حريصاً عل مصلحتها

1 – تشوار جيلالي، خواطر حول بعض الجوانب في العلاقات الزوجية، المرجع السابق، ص217. كما انتقد الأُستاذ صياغة هاته النصوص مُعتبراً أياها غير سليمة. وهو نفس الطرح الذي ذهب إليه الأستاذ فيصل بن سعد التليلاني، إسقاط ركن الولي من عقد النكاح مقدمة للزواج السري، مجلة المعيار، المرجع السابق، ص.173 وما بعدها.

2 – بن شويخ الرشيد، شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، المرجع السابق، ص.66.

3 – تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية، المرجع السابق، ص.19،12.

4 – تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة، المرجع السابق، ص.77–79.

والحفاظ على حقوقها؟

وإذا كان المُشرع يُبرر موقفه من تعديل م11ق.أ بأنه انتهج موقف المذهب الحنفي، فإن تبريره قد جانب الصواب. ذلك لما يعرفه هذا المذهب من ضابطي الكفاءة وشرط مهر المثل، فإذا لم يتوفرا فللولي حق الإعتراض على هذا النكاح وطلب فسخه[1].

وينتقد بدوره الأستاذ عبد العزيزسعد تعديل المواد المتعلقة بالولاية، مُرتأياً أن المُشرع حاول إرضاء بعض الغَوَاني وبعض السياسين المُطابين بإلغاء الولي. ففي نظره أن المشرع وقف مُوقفاً مُتذَبذِباً فلا هو قرر إلغاء الولي ، ولا هو اشترطه صراحةً. ويرى أن المشرع تأثر بأحكام الماد146 من القانون المدني الفرنسي، وبهذا يكون قد خالف أراء فئة كبيرة من الفقه الاسلامي، وبذلك يتحلل التماسك العائلي وتقع الفِتنة بين الفتيات وأبائهم، وبين النساء وأوليائهم[2].

أما الأستاذ بلحاج العربي، فيُشير إلى أن المشرع اعتبر الولاية شرط صحة في الزواج. وبهذا أخذ بولاية المشاركة التي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة، فالخيار لها غير أنه يُستحسن أن تستشير وليها، وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها حتى لا تُوصف المرأة بالخروج عن التقاليد والأعراف[3]. ويُضيف القول:"وقد أخذ القانون الجزائري برأي الحنفية طبقاً للمادة11 بأن الامر في زواج البالغة العاقلة يعود إلى نفسها، ويستوي في ذلك أن تكون المرأة ثيباً أو بكراً"[4]. ونُخالف الدكتور الرأي بكون المشرع لم يتبنَ رأي الحنفية صراحةً لأنه لم يعطِ الحق للولي في الاعتراض على الزواج إذا لم يكن الزوج كفؤاً. فتغييب الولي أو تهميشه عند الاقتضاء لايَخدُمُ مصلحة

1 – تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة، المرجع السابق، ص.79.

2 – عبد العزيز سعد، قانون الاسرة الجديد في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص43،42.

3 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق ، ص.238.

4 – العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع نفسه ، ص.248.

المرأة على الإطلاق، وهو مــازاد بشكل كبير على انتشار ظـاهرتي الخُلع والطـلاق في المجتمع الجزائري[1].

فبعد عرضنا لبعض آراء الشُراح الجزائريين حول مسألة الولاية والتي نؤيدها لِقُوة الحُجَج العِلمية والعَملية التي استندوا عليها، يُمكن القول أن المُشرع جانب الصواب في تنظيمه للولاية بخصوص المادة11ق.أ، وذلك بمنحه المرأة الراشدة حق الإنفراد في إبرام زواجها، دون الرجوع إلى رأي وليها. وهو الذي لا يتماشى وخُصوصية عقد الزواج، الذي يقوم على فلسفة الجمع بين عائلتين وليس بين شخصين. وعليه يُتوجب الرجوع إلى الولي ليُشاركها الرأي فهو الأمين على رعايتها ومصالحها، لا يحق له إجبارها كما لا يجوز له منعها من الزواج إذا رغبت فيه.

وننتقد بشدة ونشجب بهذا التعبير غير السليم من المشرع "أو أي شخص تختاره" من هو هذا الشخص؟ من الأقارب أم لا؟ ماهي الشروط التي يجب أن تتوفر فيه؟ فهذه العبارة مَدْعَاة للإنحراف والتحلل، ومُؤشر على فتح الباب أمام الزواج العرفي، وتفكك الاسرة الجزائرية وبعدها عن المجتمع وتغير مفهومه الأسرة التي عرفها المشرع في المادة2ق.أ:"الأسرة هي الخلية الاساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة". فمن خلال هذا النص يتبين أن الأسرة لا تُبنى بين شخصين فقط، بل يُشارك في تأسيسها أشخاص تجمعهم صلة القرابة كأصل عام[2]. فالمشرع هُنَا أشار إلى صِلة القرابة وتخلَّى عنها في صُلب المادة11. وهذا يؤدي

1 – فريدة لكحل، الشارع تحت الصدمة، جزائريات يتزوجن دون فاتحة ولا ولي،تسجيل 2500 حالة زواج بالجزائر الوسطى فقط تعقد بدون حضور ولي من الاقارب بحضور صديق او جار لا علاقة له بالعروس على الاطلاق....، جريدة الشروق اليومي، العدد2992، 2010/07/12، ص.17.

2 – وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها:"أن ولي الزوجة لا يُشترط أن يكون أباها شخصياً، بل قد يكون أخوها أو عمها في حالة وجود مانع لوالدها أو بتكليف منه" وفيه دلالة على اشتراط الولي من قِبل القضاء، وهو اتجاه صائب.انظر، المحكمة العليا ، غ.أ.ش ، 2007/02/14 ، ملف رقم 381880 ، م.م.ع،2007، العدد2، ص483 .

إلى تناقض وغُمُوض بين النُصوص.

وعلى اعتبار أن نية المشرع كانت متجهة لتبني رأي الحنفية فكان يتوجب عليه الإشارة صراحة إلى ضابطي الكفاءة[1] ومهر المثل، عى غرار المشرعين السوري والأردني، حيث تنص م27 قانون الأحوال الشخصية السوري:"إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كُفء لزم العقد وإلا فللولي طلب فسخ النكاح". وتنص م20 قانون الأحوال الشخصية الأردني:"يُشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوءاً لمرأة في المال وهي أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة وتُراعى الكفاءة عند العقد فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج".

وتُعرف الكفاءة بأنها "المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة، مما يُوجب عدمها عاراً، فضابطها: مساواة الزوج للزوجة في الكمال أو النقص، إلا فيما يتعلق بالعيوب"[2].

ونُشاطر الرأي الأستاذ محمد محدة فيما ذهب إليه من أن القول برأي الحنفية على إطلاقه يؤدي إلى مآسي كثيرة أساسها تزويج المرأة نفسها دون الرجوع إلى إرادة والديها مُستندةً في ذلك إلى النصوص القانونية التي تُجيز ذلك[3]. ويُشير الدكتور إلى أن بعض الدول عَدَلَت عن رأي الحنفية إلى رأي الجمهور نتيجة الآثار السلبية لرأي الحنفية، حيث ذهبت مجلة الأزهر الشريف في مقال لها تحت عنوان"الولي ضروري في عقد الزواج" إلى أنه:"...مُنذ أن استقر حكم الدولة العثمانية في مصر، وعُين أول

1 – عمر سليمان الاشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، المرجع السابق، ص.200 وما بعدها.

2 – محمد الحسن مصطفى البغا، المرجع السابق، ص213. وقد قضت محكمة النقض السورية في قرارلها(471-461بتاريخ 1971/10/31) بأن :"تعريف الكفاءة يُرجع فيه إلى العرف في بلد ما، ولا يُرجع في ذلك إلى غير عرف البلد". نقلاً عن، محمد الحسن مصطفى البغا، المرجع نفسه، ص213. ويشير أبو زهرة إلى أن :"وهي عند الحنفية المعمول بمذهبهم في مصر ستة أمور: النسب والإسلام، والحرية والمال، والديانة والحرف، على اتفاق في بعض هذه الامور واختلاف في بعضها". أنظر، أبوزهرة، الاحوال الشخصية، المرجع السابق، ص135.

3 – محمد محدة، المرجع السابق، ص.205.

قاضي حنفي والقانون ملتزم مذهب أبي حنيفة الذي يرى أن المرأة الرشيدة يصح أن تزوج نفسها من غير الولي، ولقد توالت السنون وتعاقبت الدهور على هذا الرأي والمُشرعون واقفون جَامِدُون أمام الزمن المُتَجَدِد الذي لا يقف، ولم يَفتحوا أَعيُنهم على المآسي الاجتماعية، والنكبات الخلقية التي نجمت على انفراد المرأة بعد زواجها من غير أن يشرف عليها الولي الذي هو أبعد نظراً وأكثر تبصراً بعواقب الامور. ولماذا نستمد مذهباً واحداً وندعُ رأي الجمهور وقد نطقت الحوادث ودلت التجارب على أن وجود الولي أحكم وعدمه في عقد النكاح كثيراً ما أوقع المرأة في مآسي اجتماعية ونكبات خلقية..." [1].

ونفس الغُمُوض ذَهَبَ إليه المشرع المغربي في المُدوّنة عندما نص في م25:"للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها، أو تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها". حيث انتقد عبدالله التناني هذا التغير في التوجه الذي نحاه المشرع المغربي من المالكي إلى الحنفي، واعتبر الأخذ بالمذهب المالكي أُولى لعدة اعتبارات: 1-الإجتماعية: ما هو مُتعارف من اعتبار الولي، حِفاظاً على التقاليد المعروفة في الأسرة والمجتمع[2].

2-الأخلاقية: الزواج بدون ولي من المتشابهات، فوجب الزواج عن طريق الولي دفعاً للمتشابهات، ولما يلحق المرأة من عار لا داعي له. 3- الفقهية: وجب الزواج عن طريق الولي لانه هو المشهور الراجح. 4- العقلية: الزواج بالولي صحيح بالإجماع.

وبعد هاته الإعتبارات يقول التناني:"والمدونة هنا وإن أخذت بما قل قائله وضعف دليله فإنه مازالت تحت مِظلة الشرع والشريعة، وأقصى ما يُقَال في ذلك أنه خروج عن المذهب، والأخذ بالقول الضعيف المَرجُوح، والوقوع في المتشابهات. ونحن

---

1 – نقلاًعن: محمد محدة، المرجع السابق، ص205،206.

2 – "وجوب مراعاة عوائد المجتمع الذي يُشرع فيه أي قانون؛ لأن حمل الناس على ترك عوائدهم هو من المشقة المرفوضة شرعاً وقانوناً، كما سيفقد القانون احترامه من انفسهم فلا يمتثلون اليه إلا مُرغَمِين"؛ أحسن زقور، المرجع السابق، ص.131.

لا نقول بعدم صحته؛ لأنه مسألة فيها خِلاف، وحكم الحاكم يرفع الخلاف، وقد ارتفع هذا الخِلاف بالظهير الشريف، ولكننا نقول: الأُولى للمرأة أن تُفّوِض في ذلك وليّها كما تقول المدونة"[1].

أمَّا المُشرع التونسي فكان صريحاً منذ البداية وقد حسم الأمر ووضع حداً لكل اجتهاد فقهي يُشكك في صلاحية المرأة لإبرام عقد الزواج بمفردها ودون مشاركة وليها الشرعي، وهذا طبقاً للفصل3 من المجلة:"لا ينعقد الزواج إلا برضا الزوجين، ويُشترط لصحة الزواج إشهاد شاهدين من أهل الثقة وتسمية مهر للزوجة"[2].

وخُلاصة القول، أن الولاية ليست إنقاص من قيمة كرامة المرأة كما يُصور البعض، بل على العكس من ذلك؛ فالولي هو الناطق الرسمي للمرأة يوصل إرادتها كما هي للشخص الذي يريد الزواج بها، ويُحافظ على كرامتها وشرفها وعفتها، بل هو أحرص الناس على أن تكون موليته في أيدي أمينة في المستقبل. فالولاية ولاية مُشاركة، حيث لا يجوز كأصل عام أن تنفرد المرأة بإبرام عقد الزواج بمفردها، بل يُشاركها وليها في ذلك. فبعد رضاها الكامل والحر من غير إكراه تُفوض وليها ليقوم بإبرام العقد نيابةً عنها. وبهذا نكون لم نخرج عن أعراف وتقاليد مجتمعنا ذو الغالبية المالكية وعملنا على تأكيد وحدة الاسرة الجزائرية من التفكك والوحدة التي تعرفها الاسرة في الغرب.

وعليه نقترح أن يصبح نص المادة 11ق.أ كالتالي:" تعقد المرأة الراشدة زواجها بتفويض وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها. – دون الإخلال بأحكام المادة7 من هذا القانون يتولى زواج القُصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له".

1 – عبدالله التناني، المرجع السابق، ص108،107.

2 – عمار الداودي، المرجع السابق، ص.169.

وبعد مُعالجة مسألة الولاية نَعمُدُ إلى دراسة محور تعدد الزوجات على اعتبار أنه أسال الكثير من الحبر بكونه يُعد إخلالاً بمبدأ مساواة المرأة في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

تقييد التعدد

إنَّ احترام الحياة الزوجية أمر واجب مُؤكد، عَنيت به الشريعة الإسلامية غاية العِناية وحذرت كل التحذير من تكدير صفوها، أو تعريضها لخلل أو تعثر واضطراب تبعاً للشهوات والأهواء.كما أن الحياة الزوجية القائمة على اثنين فقط، رجل وامرأته هي الأصل الطبيعي في الزوجية كل منهما يكون للأخر ويكتمل به، ويشاركه الحياة، رخائها وشدتها، لذتها وألمها.

ولكن قد تَدْعُوا الضرورة إلى أن يكون للرجل أكثر من زوجة في حالات مَخصُوصة، كأن تُصاب المرأة بمرض مزمن، أو أن تكون الزوجة عقيماً، أو يكون مِزاج الرَجل قوياً يدفعه إلى كثرة الإفْضَاء، ومِزاجها هي بالعكس، وكذا عندما تَطحن الحرب عدداً كبير من الرجال فتكثر النساء ولا سبيل إلى حمايتهن من الفساد إلاَّ بالزواج، ففي هذه الأحوال يُبيح الإسلام التعدد، قال الله تعالى:﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [1].

ومن جهة أُخرى، نجد أن الغَربيين المُتعصّبين من رِجَال الدين والإستشراق يَشُنُون حملة قاسية على الإسلام والمسلمين بسبب تعدد الزوجات ، ويتخذون منه دليلاً على اضطهاد الإسلام للمرأة واستغلال المسلمين لها في إرضاء شَهواتهم ونَزواتهم.

وفي هذا الإطـار، نجد المشرع الجزائري قد تطرق إلى تعـدد الزوجـات في تعديله لقانون الأسرة، حيث نظم أحكامه في م 08 منه، وحول هذا الوضـع الجديد انقسم الفقه

1- سورة النساء الآية 3.

الجزائري إلى مُؤيد إلى هذا التقييد واعتباره مكسبا لحقوق المرأة الجزائرية، وبين مُعارض لهذا التشديد على اعتباره مؤدي إلى سلب حقوق الرجل في ممارسة حقوقه التي كفلها له الشرع والقانون.

وإثر هذا، يتسنى لنا التساؤل حول ماهية تعدد الزوجات في التشريع الجزائري. أي بمعنى؛ هل اعتبر المشرع الجزائري التعدد كأصل أم استثناء؟ وهل حصر شروط التعدد أم أتى بها على سبيل المثال لا الحصر ؟ وهل التعدد حق للزوج يتصرف فيه كيفما شاء؟ أم هو سُلطة خولها المشرع للقاضي حتى لا يتعسف الزوج؟

ويُضاف إلى هذا، وانطلاقا من الواقع المعاش اليوم، هل من مصلحة المشرع أن يقيد أو يسهل كيفية اللجوء إلى التعدد؟ على اعتبار أن نسبة النساء في الجزائر اليوم تفوق نسبة الرجال، حيث تُشير آخر الإحصائيات إلى وجود خمسة ملايين بنت عانس في الجزائر[1]، وهو أمر جد خطير .

وسأعالج تعدد الزوجات في بعض الحضارات القديمة، ثم في الشريعة الإسلامية(المطلب الأول). وبعده أُناقش تعدد الزوجات في التشريع الجزائري(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعدد الزوجات في بعض الحضارات القديمة والشريعة الإسلامية

ونتناول في هذا المقام موضوع تعدد الزوجات في بعض الحضارات القديمة، والتي كانت تبيح التعدد بلا حصر(الفرع الأول). ثم نعالج بعدها مسألة التعدد في الشريعة الإسلامية التي جعلت له ضوابط وشروط خاصة(الفرع الثاني).

1 – يومية الفجر، العدد 2823، الثلاثاء 2010/01/19.

الفرع الأول

تعدد الزوجات في بعض الحضارات القديمة

كانت الديانة اليهودية تبيح التعدد من دون حد، وأنبياء التوراة جميعا بلا استثناء كانت لهم زوجات كثيرات، إذ جاء في الثورة أن نبي الله سليما كان له سبعمائة امرأة من الحرائر وثلاثمائة من الإماء[1].

ويقول نيوفلد صاحب كتاب" قوانين الزواج عند العبرانيين الأقدمين "[2] :" إن التلمود والتوراة معا قد أباحا تعدد الزوجات على إطلاقه، وإن كان بعض الربانيين ينصحون بالقصد في عدد الزوجات، وإن قوانين البابليين وجيرانهم من الأمم التي أختلط بها بنو إسرائيل جميعا على مثل هذه الشريعة في أتحاذ الزوجات والإماء.

أما المسيحية القديمة، فلم يرد فيها نص صريح يمنع التعدد[3]. حيث ورد في بعض رسائل بولس ما يُفيد أن التعدد جائز، فقد قال:" يلزم أن يكون الأسقف زوجا لزوجة واحدة"[4]. ففي إلزام الأسقف وحده بذلك دليل على جوازه لغيره، ذلك أن رجل الدين منقطع عن مآرب الدنيا.

وبقي تعدد الزوجات مُباحاً في العالم المسيحي إلى القرن السابع عشر، كما جاء في تواريخ الزواج بين الأوروبيين، ويقول وستر مارك (westermark) العالم الثقة في تاريخ الزواج[5]: " إن ديارمات (diarmat) ملك أيرلندة كان له زوجتان

1-جاء هذا في الإصحاح الحادي عشر من سفر الملك الأول. أخذا عن؛ عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، الطبعة السادسة،نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص. 70.

2- مُقتبس عن: عباس محمود العقاد، المرجع السابق، نفس الصفحة Bye. Neufeld Ancient Hebrew Marriage Law :

3 – مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة الثانية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2003،ص. 48.

4- مُقتبس عن: عباس محمود العقاد، المرجع السابق، ص 71.

5- مُقتبس عن: عباس محمود العقاد، المرجع السابق، ص 72.

وسريتان، وتعددت زوجات الملوك الميروفنجيين غير مرة في القرون الوسطى .... وفي سنة 1650 م بعد صلح وستفاليا ، وبعد أن تبين النقص في عدد السكان من جراء حروب الثلاثين، أصدر مجلس الفرنكيين بنورمبرج قراراً يجيز للرجل أن يجمع بين زوجتين.

بل ذهبت بعض الطوائف المسيحية إلى إيجاب تعدد الزوجات، ففي سنة 1531 نادى اللامعمدانيون في مونستر صراحة، بأن المسيحي- حق المسيحي – ينبغي أن تكون له عدة زوجات، ويعتبر المورمون كما هو معلوم أن تعدد الزوجات هو نظام إلهي مقدس".

ويقول الأستاذمحمود العقاد[1]:" ومن المعلوم أن اقتناء السراري كان مباحا على إطلاقه كتعدد الزوجات، مع إباحة الرق جملة في البلاد الغربية ، لا يحده الأ ما كان يحد تعدد الزوجات من ظروف المعيشة البيئية، ومن صعوبة جلب الرقيقات المقبولات للتسري من بلاد أجنبية، وربما نصح بعض الأئمة بالتسري لاجتناب الطلاق في حالة عقم الزوجة الشرعية. ومن ذلك ما جاء في الفصل الخامس عشر من كتاب الزواج الأمثل للقديس أوغيسطن، فإنه يفضل التجاء الزوج إلى التسري بدلاً من تطليق زوجته العقيم".

غير أن المسيحية المعاصرة، تعترف بالتعدد في أفريقيا، فقد وجدت الإرسالية التبشيرية نفسها أمام واقع اجتماعي وهو تعدد الزوجات لدى الأفريقيين الوثنيين حيث رأوا أن الإصرار على منع التعدد يحول بينهم وبين الدخول في النصرانية، فنادوا بوجوب السماح للأفريقيين المسيحيين بالتعدد إلى غير حد محدود، وقد ذكر نورجيه مؤلف كتاب " الإسلام والنصرانية في أواسط أفريقية " هذه الحقيقة حيث قال:" فقد كان هؤلاء المرسلون يقولون أنه ليس من السياسة أن نتدخل في شؤون الوثنيين الاجتماعية

1 – عباس محمود العقاد، المرجع السابق، ص. 72.

التي وجدناهم عليها، وليس من الكياسة أن نحرم عليهم التمتع بـأزواجهم ما داموا نصارى يدينون بدين المسيح"[1].

ويُضاف إلى هذا، أن الشُعوب الغربية المسيحية وجدت نفسها تُجاه زيادة عدد النساء على الرجال عندها – وبخاصة بعد الحربين العالميتين – إزاء مشكلة اجتماعية خطيرة لا تزال تتخبط في أيجاد الحل المناسب لها[2]. وقد كان من بين الحلول التي برزت، إباحة تعدد الزوجات.

وفي هذا الإطار، يُشير سَماحة مُفتي فلسطين الحاج أمين الحُسيني، أن كِبار المسؤولين في ألمانيا كانوا قد زاروه – أثناء وجوده في ألمانيا – طَالبين مِنهُ وضع قانون يُبيح تعدد الزوجات مستمد من الشريعة الإسلامية، حيث يوجد في ألمانيا ثلاثة مَلايين أرملة رَمّلتهن الحرب العالمية الأولى، وإثر هذا وضعت حكومة هتلر مشروع قانون يتضمن إباحة تعدد الزوجات، ألا أن الحرب العالمية الثانية حال دون إتمام هذا الأمر[3].

ونَودُّ أن نُشير هنا إلى أراء بعض المفكرين الغربيين الذين استحسنوا تعدد الزوجات وبخاصة عند المسلمين، حيث قال الفيلسوف الألماني الشهير "شوبنهور" في رسالته "كلمة عن النساء":" أن قوانين الزواج في أوربا فاسدة المبنى بمساواتها المرأة بالرجل فقد جعلتنا نقتصر على زوجة واحدة فأفقدتنا نصف حقوقنا "[4]. وتحدث جوستاف لوبون في " حضارة العرب" عن تعدد الزوجات عند المسلمين فقال: " لا نذكر نظاماً اجتماعياً أنحى الأوربيون عليه باللائمة كمبدأ تعدد الزوجات، كما أننا لا نذكر نظاما أخطأ الأوربيون في إدراكه كذلك المبدأ، فيرى أكثر مؤرخي أوربا اتزاناً أن

---

1 – مقتبس عن: مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص .50.

2– محمد قطب، شبهات حول الإسلام، دار الشروق، بيروت، الطبعة 15، 1982، ص 110.

3– محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دارهومه، الجزائر، 1999،ص. 143.

4 – مقتبس عن: مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص .53.

مبدأ تعدد الزوجات حجر الزاوية في الإسلام. وهو نظام طيب يزيد الأسرة ارتباطا، ويمنح المرأة احتراماً وسعادة لا تراهما في أروبا" [1].

ويقول وسترمارك في تاريخه[2]: " إن مسألة تعدد الزوجات لم يفرغ منها بعد تحريمه في القوانين الغربية، وقد يتجدد النظر في هذه المسألة كرة بعدا أخرى، كلما تحرجت أحوال المجتمع الحديث فيما يتعلق بمشكلات الأسرة. ثم تساءل: هل يكون الاكتفاء بالزوجة الواحدة ختام النظم والنظم ونظام المستقبل الوحيد في الأزمة المقبلة؟ ثم أجاب قائلا: إنه سؤال أُجيب عنه بآراء مختلفة، إذْ يرى سبنسر إن نظام الزوجة الواحدة هو ختام الأنظمة الزوجية، وأن كل تغيير في هذه الأنظمة لا بد أن يؤدي إلى هذه النهاية. وعلى نقيض ذلك يرى الدكتور ليبون أن القوانين الأوروبية سوف تجيز التعدد. ويذهب الأستاذ إهرنفيل إلى حد القول بأن التعدد ضروري للمحافظة على بقاء السلالة الأرية". ثم يعقب وستر مارك بترجيح إلى توحيد الزوجة إذا سارت الأمور على النحو الذي أدى إلى تقريره".

ويتجلى من خلال هذا، أن وستر مارك يرى أن نظام الزوجة الواحدة هو الأصل، وأن نظام التعدد هو الاستثناء إذا ما دعت الضرورة أو الظروف إليه، وهو الأمر الذي تذهب إليه الشريعة الإسلامية، حيث هي لم تنشئ تعدد الزوجات، ولم توجبه، ولم تستحسنه، لكنها أباحته[3]. وهو الأمر الذي سنعالجه بشيء من التفصيل في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية

جاء الإسلام ونظام التعدد الشائع في كل شرائع العالم وشعوبه تقريبا. ولكنه

1 – مقتبس عن: مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص 53.

2– مقتبس عن: العقاد، المرجع السابق، ص 73.

3 – محمد محده، المرجع السابق، ص 392.

لم يكن له حد ولا نظام فكان أول إصلاح في هذا النظام أن قصره على أربع زوجات، مشدداً في ذلك على العدل بينهن، عدلاً مادياً إلى أقصى الحدود، الأمر الذي سنتطرق إليه، حيث نتعرض لكل من تعريف التعدد، ثم حكمه، ثم شروطه.

أولاً- **تعريف تعدد الزوجات**[1]:

هو أن يتزوج الرجل أكثر من امرأة جامعاً بينهن على ألا يزيد عددهن عن الأربعة. أو يتزوج أكثر من امرأة رجلاً واحداً مجتمعات عليه، على ألا يزيد عددهن على أربعة. ودليله من القرآن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾[2] .

و يأخذ تعدد الزوجات الأحكام التكليفية الخمسة:

- فقد يكون مباحا؛ وهو ما إذا كان لا يخاف على نفسه الزنا، ويملك من الباءة ما يتزوج به أكثر من واحدة، ويضمن العدل بينهن.

- وقد يكون سنة؛ وهو ما إذا كان لا يخاف على نفسه الزنا ويملك من الباءة ما يتزوج به أكثر من واحدة، وكثر النساء في المجتمع، ويضمن العدل بينهن .

- وقد يكون واجباً؛ إذا كان يخاف على نفسه العنت ويملك الباءة ولا تكفيه زوجة واحدة وكان في المجتمع أعدادا كبيرة من النساء يخشى عليهن الزنا، ويضمن العدل بينهن .

-وقد يكون مكروهاً؛ وهو ما إذا كان لا يملك إلا الأقل من الباءة، ولا يخشى على نفسه العنت ولم يضمن العدل بين زوجاته .

1- أحسن زقور، المرجع السابق، ص .25.

2- سورة النساء، الآية 3.

– وقد يكون حراماً ؛ وهو ما إذا كان لا يعدل بين زوجاته أو كان لا يقدر على النفقة عليهن ولا يخشى على نفسه العنت، حيث يقول العلامة الزحيلي:" الاقتصار على امرأة واحدة واجب عند خوف الظلم"[1].

ثانياً– **شروط تعدد الزوجات:**

أ – **العدل بين الزوجات:**

تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية مبني على العدالة والرحمة والمصلحة والحكمة، فقد ذكر الله تعالى العدل بين الزوجات في آيتين، الأولى﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾"[2]. والمُراد بالعدل في الآية الكريمة القِسمة المادية الشاملة للنفقة، ونُوعية المَسكن، وحُسن المُعاشرة، والمبيت والجماع، والمحبة الظاهرة. الثانية، قوله تعالى ﴿ وَلَن تَسْتَطِيعُوا أَن تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُوا كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [3]. والمراد بالعدل في الآية الكريمة التسوية في العاطفة والمحبة والميل القلبي والوجداني، وهذا ليس بواجب لأنه ليس باستطاعة الإنسان أن يتحكم في وجدانه كما يريد ، ليحب حسب إرادته، ويبغض حسب إدارته[4] .

وعليه فإن العدالة المطلوبة هي العدالة الظاهرة وهي العدالة الحقيقية وليس المحبة القلبية لقوله صلى الله عليه وسلم." اللهم إن هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك " وهي العدالة الحقة التي لا يمكن استطاعتها.

ب– **عدم إشتراط الزوجة إمتناع التزوج عليها:**

ويدخل هذا الشرط فيما يشترطه أحد الزوجين على الآخر مما له فيه نفع وغرض،

1 – وهبة الزحيلي ، التفسير المسير ج4، ص. 240 .

2 – سورة النساء، الآية 3.

3 – سورة النساء الآية 129.

4 – محمد أبوا زهرة، روح الشريعة الإسلامية ووقع التشريع اليوم في العالم الإسلامي، مجلة الأصالة ، ماي 1976، العدد 33، ص .143.

وهي شروط مقترنة بصيغة الإيجاب والقبول ولا يقتضيها العقد ولا تخالف أحكام الشرع ، مثل اشتراط عدم التزوج عليها، أو عدم توقفها عن عملها، فمن العلماء من قال إنها شروط ملزمة، ومنهم من قال ليست بملزمة سنذكرها هنا بإيجاز[1]:

-الحنابلة: قالوا إنها شروط صحيحة ملزمة، يجب الوفاء بها، وحجتهم في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم " المسلمون عند شروطهم" .

المالكية: قالوا إنها شروط غير ملزمة، بل مكروهة، ولا يجب الوفاء بها، ولكنه مستحب.

الحنفية: قالوا أنها شروط غير ملزمة.

الشافعية: قالوا أنها شروط غير ملزمة، بل ملغاة فاسدة غير معتبرة والزواج صحيح وحجه المالكية والحنيفة والشافعية ما روي البخاري معلقا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال" المسلمون عند شروطهم، الأ شرطا حرام حلالا أو أحل حراما" ، وهذا الشرط يحرم الحلال وهو التزوج بالثانية والثالثة والرابعة.

ومن خِلال هذا يتبين لنا أن قانون الأسرة الجزائري لم يأخذ بمذهب الأمام مالك، بل أخذ بالمذهب الحنبلي، حيث منع تعدد الزوجات في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها.

ج- **الحَاجة الملحّة:** من محاسن شريعتنا الغراء أنها أباحث تعدد الزوجات حينما تدعوا الحاجة إليه، ولم توجبه على أحد لأنه رخصة لا عزيمة، وفرع لا أصل وأمرا استثنائي لا قاعدة عامة. والحاجة الملحة على قسمين عامة وخاصة.

الأسباب العامة :

1-زيادة النساء على الرجال، وهو الأمر الذي يشهده مجتمعنا اليوم، وقد أشار الرسول

1 - عبد الله بن الطاهر السوسي ، المرجع السابق، ص 188، 189، 190.

صلى الله عليه وسلم إلى هذا حيث يقول: " من أشراط الساعة أن يقل العلم، ويظهر الجهل، ويظهر الزنا، وتكثر النساء، ويقل الرجال، حتى يكون لخمسين امرأة القيم الواحدة "[1].

2- قلة الرجال عن النساء قلة بالغة نتيجة الحروب الطاحنة ، أو الكوارث العامة، فقد دخلت اروبا حربين عالميتين من خلال ربع قرن، فني فيها ملايين الشباب، الأمر الذي دفع بعض بلاد أروبا – وبخاصة ألمانيا – جمعيات نسائية تطالب بالسماح بتعدد الزوجات أو بتعبير آخر أخف وقعا في أسماع الغربيين وهو " إلزام الرجل بأن يتكفل امرأة أخرى غير زوجته"[2].

الأسباب الخاصة:

1-أن تكون الزوجة عقيما لا تلد، فهنا إما أن يطلق الزوج زوجته العقيم، أو أن يتزوج عليها أخرى. والأكرم للزوجة أن تظل في رباط الزوجية.

2-أن تُصاب الزوجة بمرض مزمن أو مُعد أو منفر، بحيث لا يستطع الزوج أن يعاشرها مُعاشرة الأزواج.

3-أن يكون الزوج بحكم عمله كثير الأسفار، وتكون إقامته في غير بلده تستغرق في بعض الأحيان شهورا، ويتعذر عليه نقل زوجته وأولاده كلما سافر. وهنا يجد نفسه بين حالتين، إما أن يشبع غريزته الجنسية عن طريق النكاح المشروع في إطار حلال التعدد، أوعن طريق السفاح الممنوع في إطار حرام التلذذ، ولا شك أن حلال التعدد هو مصلحة الدين والأخلاق والمجتمع[3].

---

1 – صحيح البخاري 1/ 43.

2 – مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص .56.

3- .D. TCHOUAR, Le mariage polygamique entre le fiqh et le droit positif algerien,R.A.S.J.E.P, 1997, N°2, pp.571 et s.

4-أن يتمتّع الزوج بقوة جنسية جامحة، تجعله غير مكتفٍ بزوجة واحدة إما لكبر سَنِّهَا أو لِضعفها أو لِطول عادتها الشهرية ومُدة نفاسها، فيكون الحل الذي يقتضيه الدين ويفرضه التمسك بالعفة والشرف هو تعدد الزوجات بدلاً من تعدُد الخليلات.

وبعد هاته الدراسة التمهيدية لأحكام تعدد الزوجات في بعض الحضارات القديمة والشريعة الإسلامية نتعرض في المطلب الموالي لدراسة مسألة التعدد في التشريع الجزائري.

المطلب الثاني

تعدد الزوجات في التشريع الجزائري

طالبت بعض المنظمات والجمعيات المدافعة عن حقوق المرأة والمطالبة بمساواتها مع الرجل، في المجتمع الجزائري، بإلغاء تعدد الزوجات على اعتباره مُهنياً لكرامة المرأة، من جهة، ومن جهة أخرى لكونه مخالفا لمبدأ المساواة بين الجنسين الذي أقره الدستور الجزائري، والمواثيق الدولية التي انضمت إليها الجزائر[1] الأمر الذي دفع المشرع إلى تعديل قانون الأسرة 84-11 . وقد قبلت الدولة مُمثلة في الوزيرة المكلفة بالأسرة سنة 1996، تنظيم لقاء مع حركة النساء، وبعد ثلاثة أيام عمل، تم التبني المُشترك لبعض التوصيات المتمثلة فيما يلي:

1-حظر تعدد الزوجات، بتفسير الآية القرآنية المنظمة له والضيقة من نطاقه، بهدف توطيد الخلية الأسرية.2- حظر الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، موافقة بأهليتها لتسيير أموالها طبقاً للمادة 40 من القانون المدني.3- إلغاء الطلاق بإرادة الزوج المنفردة،

---

1 -تنص م 29 من الدستور الجزائري " كل المواطنين سواسية أمام القانون "، هذا وقد انضمت الجزائر مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 وذلك بموجب الأمر الرئاسي رقم 96/ 51 المؤرخ في 22/ 01/ 1996، ويشير بوتخيل معطي إلى أن التحفظ الوارد على هاته الاتفاقية قد رفع من طرف رئيس الجمهورية سنة 2004؛ أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهانات المطروحة" المنشور في مجلة الثقافية الإسلامية، العدد التجريبي. سنة 2004، ص .153.

والذي يهدد أمن الأسرة[1]. وسنتناول شروط تعدد الزوجات(الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى آثار التقييد المفروض على تعدد الزوجات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط تعدد الزوجات[2]

تنص م8 من ق.أ 11/84 المعدل والمتمم " يُسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل. –يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وإن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة مكان مسكن الزوجية. –يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأخذ موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية ".

وتنص م 19 من ق.أ 11/84 المعدل والمتمم " للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون". فيتضح من خلال نص م 8 أن شروط التعدد عند المشرع الجزائري تتمل في:

1- يسمح بالزواج بأكثر من واحدة في حدود الشريعة الإسلامية، وهاته الأخيرة كما ذكرنا آنفاً قد حددت العدد بأربع زوجات ، وهنا أود أن أشير إلى الملتقى الجامعي بوهران حول " الأشكال الزوجية وأشكال النسب"[3]. حيث أشار الأستاذ الفرنسي" أو ليفيي ديبوا" والذي تناولت مداخلته موضوع " الأسرة في القوانين الأوروبية والاجتهادات القضائية للجنة حقوق الإنسان"، أشار إلى أن حقوق الأسرة من الاختصاصات

---

1 لحسين بن الشيخ آث ملويا، المُنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005، ص .361.

2 – جمال عياشي، قيود تعدد الزوجات بين الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2005/2004، ص224،223.

3 – يومية الشعب الجزائرية، الأربعاء 24/ 02/ 2010الموافق لـ 10 ربيع الأول 1431 العدد 1521 .

الحصرية للدولة وليس الاتفاقية الاروبية. وهذا يصب في نفس ما أشار إليه الأستاذ " جون كربونييه " Jean CARBONNIER " أين قال" يخضع قانون الأسرة لفرضية " اللّاقانون "، أكثر من خضوعه للمفاهيم القانونية وللقانون. فاللّاقانون le non droit هو الأساس في عالم الأسرة، والقانون هو الاستثناء"[1].

2-وجود المبرر الشرعي[2]: مبررات التعدد الشرعية كثيرة ذكرناها آنفاً، لكن المشرع الجزائري جعلها على سبيل الحصر ممثلة في المرض المزمن والعقم فقط،، مما يجعل من عبارة المبرر الشرعي يقصد بها المبرر القانوني وليس الشرعي بالمفهوم الواسع للشريعة[3]. وقد حدد المنشور الوزاري رقم 84/ 102 الصادر بتاريخ 23/ 12/ 1984 المبرر القانوني في حالتين:

أ- إذا كانت الزوجة مريضة مرضا مزمنا أقعدها عن واجبات الزوجية وأفقدها وظيفة الأمومة. ومما جاء في المنشور المذكور " أن على الموثق أو ضابط الحالة المدنية التأكد من وجود المبرر الشرعي ولا يكتفي فيه بالمشافهة أو الإقرار. بل لا بد من شهادة طبيب اختصاصي يثبت ذلك فإن لم يثبت هذا، رفض الموثق أو ضابط الحالة المدنية إبرام هذا العقد "

ب- عندما تكون الزوجة عقيما والزوج مُولع بالذرية ، ذلك أن التناسل من مقاصد الزواج.

والمُلاحظة هنا، أن حَصر مُبررات الزواج على هذين الأمرين فقط فيه نوع من الإجحاف. سواءاً في حق الرجل أو حق المرأة، ذلك أن هُناك من المبررات ما يَعظُمُ

1- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، الزواج والطلاق، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005، ص .26.

2 – عبد الفتاح تقية، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون الأسرة، م.ع.ق.إ.س، الجزء 41 ،2003، العدد02، جامعة الجزائر، ص.94.

3 – عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص .76.

شأنها ليصل بالشخص إما إلى درجة الخروج عن أحكام الشرع ، أو تطليق المرأة بالرغم من رِضَاها بالزواج عليها لانعدام المُبررين السالفين. الأمر الذي يدفع الناس إلى الزواج الشرعي غير المسجل، الأمر الذي سنُعالجه لاحقاً.

3- توفر شروط ونية العدل[1]: يقول الأستاذ أبو زهرة[2]:" أن العدالة أمر نفسي لا يعلم الأ من جهة صاحبها، وخصوصا الخوف منها، وأن القرآن الكريم عند ما ذكر العدل أناء الأمر إلى الخوف من أن لا يعدل. كما قال تعالى " فإن خفتم الأ تعدلوا" مناطة إلى أمر نفسي لا يجري فيه إثبات القضاء، وما لايمكن إثباته قضاء لا يوضع في قانون يمنعه القضاء". وفي نفس السياق يذهب العلامة وهبة الزحيلي إلى القول: " أن هذا لا يستوجب إصدار قوانين خاصة بها، بل أنه إذا صدرت القوانين فلن تغير في الأمر شيء، لان هذه القضايا تحتاج لضوابطها وكوابح داخلية هي الدين والوجدان والأخلاق"[3].

4- إعلام الزوجة السابقة، أو الزِيجَات السابقات، والمخطوبة اللاحقة، وهو أمر أَصَابَ فيه المشرع، ذلك أنه يجوز للزوجة أو الزيجات السابقات والمخطوبة اللاحقة إبداء موافقتهن أو اعتراضهن ولأوليائهن حق الاعتراض كذلك، ودليل ذلك ما ورد في صحيح السنة أن الإمام على بن أبي طالب كرم الله وجهه كان زوجاً للسيدة فاطمة بنت الرسول الله صلى الله عليه وسلم وأراد أن يتزوج عليها بينت أبي جهل فاعترض والدها النبي صلى الله عليه وسلم على علي بن أبي طالب أن يجمع بين أبنته وبنت أبي جهل. فلم يتزوج عليها الأمام علي. وتفصيل القصة في كتب الحديث والسنة لمن أراد الإستزادة.

---

1 – سعاد صالح، قضايا المرأة المعاصرة(رؤية شرعية ونظرة واقعية)، ط1، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2008، ص70،71؛ و فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، م.ع.ق.إ.س، الجزء34 ، 1996، العدد04، جامعة الجزائر، ص634،635.

2 – محمد أبو زهرة، روح الشريعة وواقع التشريع اليوم في العالم الإسلامي، المرجع السابق، ص .143.

3 – وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ص .172.

وفي هذا الإعلام حِفظاً لِصِلَةِ الرحم بين الأبناء من الفراشين مستقبلا. وقد تضمن المنشور الوزاري الصادر بتاريخ 22/ 08/ 1985 حَالَتي الرضا والعلم من الزوجتين لكن دائماً تحت سلطات القاضي وصلاحياته.

5- الترخيص بالزواج من رئيس المحكمة[1]: يتوجب على الشخص طالب التعدد أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة، وهذا الأخير يمكنه حسب سلطته التقديرية أن يرخص بالزواج متى أثبت الزوج موافقة الزوجات، ثم أثبت أيضا المبرر الشرعي – القانوني – وأثبت الشروط الضرورية للحياة الزوجية، من مسكن ونفقه، وأثبت قدرته على توفير العدل، العدل المادي لا المعنوي لأنه أمر داخلي كما أسلفنا القول.

هذا، وقد وسَّع المنشور الوزاري الصادر بتاريخ 22/ 08/ 1985 من صلاحيات القاضي وزاد من اختصاصه في هذا المجال،حيث أنه جعل أمرالعريضة الصادرمنه غير قابل لأي طريق من طرق الطعن[2].

ويُشير الأستاذ عبدالقادر بن داود إلى أن الترخيص بالزواج بإذن القاضي من باب ضبط الأمور يمكن اعتباره من السياسة الشرعية للحفاظ على المجتمع في وضع سوي، ومن تطبيقات قاعدة سد الذرائع إذ طالما كانت إباحة التعدد مشروط فيها شرعاً القدرة على الإنفاق[3]. في حين ذهب عبد العزيز سعد إلى الإشارة بأن شرط التعدد يكون منوط بالمرأة ذاتها لا للقاضي وحجته في ذلك :

1-الإسلام يعطي المرأة حرية الاختيار والموافقة على أن تكون زوجة ثانية من عدمها.

---

1 – بومدين محمد، سلطة القاضي في منح رخصة تعدد الزوجات دراسة مقارنة، مجلة الفقه والقانون، العدد14، ديسمبر2013، المغرب 68 وما بعدها.

2 – محمد محدة المرجع السابق، ص 393.

3 – عبد القادر بن داود، المرجع السابق، ص. 79؛ وبلحاج العربي، شرح قانون الاسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص .93.

ولا يقيم القاضي حاجزا بينها وبين رغبتها وإرادتها.

2-إن الإجماع انعقد على عدم اشتراط إذن القاضي لإباحة التعدد، حيث جاء في قرار مجمع البحوث الإسلامية الذي اتخذه في مؤتمره الثاني في القاهرة سنة 1965 في بستان تعدد الزوجات ومدى مشروعية اشتراط أذن القاضي لإباحة تعدد الزوجات، يقرر المؤتمر أن التعدد مباح بصريح نصوص القرآن الكريم وبالقيود الواردة فيه، وأن ممارسة هذا الحق متروكة إلى تقدير الزوج ولا يحتاج في ذلك إلى إذن القاضي[1].

ويمكن القول أن كلا الرأيين فيه جانب من الصواب. الأ أنه على القاضي ألّلا يتعسف في استعمال هاته السلطة التي منحه أيّاهَا المُشرع.

و أَودُّ أن أُشِير هنا إلى مسألة الاختصاص الإقليمي حيث تنص المادة 8/ 2 من قانون الأسرة ".... وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية " في حين تنص المادة 426/ 7 (من قانون 08/ 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية ولإدارية المؤرخ في 25/ 02/ 2008) " تكون المحكمة مختصة إقليميا، في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص " وطبقا لمبدأ الخاص يقيد العام تطبق أحكام المادة 426 من قانون 08/ 09.

ومما يؤكد أن المشرع الجزائري قد عدد القيود على مسألة التعدد هو نص المادة 19 من القانون 09/05 السالف الذكر، حيث قرر أنه يمكن للزوجة أن تضمن عقد الزواج، أو عقد رسمي لاحق شرط عدم الزواج عليها من طرف الزوج[2].

---

1 – عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق ، ص .147 وما بعدها؛ وشمس الدين، المرجع السابق، ص 104 وما بعدها .

2 – حسن عبد الغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها(دراسة شرعية اجتماعية)، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2005، ص35 وما بعدها؛ وبودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري(دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومه، الجزائر، 2007، ص.59.

وبعد التطرق لشروط التعدد التي أوردها المشرع الجزائري، نُبين في النقطة الثانية مسألة آثار تقييد تعدد الزوجات .

الفرع الثاني

آثار تقييد أو إلغاء تعدد الزوجات

و نذكر من أهمها[1] ما يلي: 1- سيلتجئ الرجال إلى التعدد العرفي الذي لا يمكن معرفته، ولا ضبطه، ولا الإطلاع عليه ولا معاقبة مرتكبيه[2].

2- إذا التجأ الملتزمون إلى التعدد العرفي، فإن غيرهم سيلتجئون إلى الزنا، وسيجدون في مبرر منعهم من الزواج أكبر ذريعة للزنا والفجور وما ينجر عنه من أمراض[3] .

3- سيرتفع معدل الطلاق، لأن الر جل سيجد نفسه مضطراً باسم القانون لتطليق زوجته الأولى من أجل زواجه الثانية، وتطليقه الثانية من أجل زواجه الثالثة، وما شرع التعدد الا لأجل أن لا تطلق الأولى.

4- إن دُعاة منع التعدد لا يبذلون أي جهد لمحاربة الزنا ولا يعملون شيئا للحد من تنامي ظاهرة الأمهات العازيات، بل على العكس من هذا يدعون المتجمع لتفهم هذه الظواهر، و يلحون عليه أن يعامل تلك الشرائح بكل إنسانية وتحضر وعطف، بينما لم يبذلوا أي جهد لفهم ظاهرة تعدد الزوجات[4]. وهو أمر جد خطير في دولة ينص دستورها على أن السلام دين الدولة.

---

1 – نادية بن فليس، تعدد الزوجات في ظل التحولات الإقتصادية،الإجتماعية، الثقافية، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، 2005/2004، ص.182.

2 – بو تخيل معطي، المرجع السابق، ص .149.

3 – 10 آلاف طفل يطلب أولياؤهم تسجيلهم والقانون لا يعترف بهم لأنهم ولدوا من زواج شرعي عرفي غير مسجل في سجلات الحالة المدنية". طالع جريدة الشروق اليومي، العدد 2850، بتاريخ الأ ثنين 15/ 02/ 2010.

4 – بوروبي شمس الدين، المرجع السابق، ص. 117.

ولقد نظم المشرع التونسي تعدد الزوجات في الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي تنص على أنه: " 1- تعدد الزوجات ممنوع.2- كل من تزوج وهو في حالة الزوجية، وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مائتان وأربعون ألف فرنك أو بإحدى العقوبتين، ولو أن الزواج الجديد لم يبرم طبق أحكام القانون". وينص الفصل 21 :" الزواج الفاسد هو الذي اقترن بشرط يتنافى مع جوهر العقد، أو انعقد بدون مراعاة أحكام .....الفصول 15و 16 و 17 و18 و19 و20 من هذه المجلة. وإذا وقعت تتبعات جزائية تطبيقا لأحكام الفصل 18أعلاه، فإنه يقع البت بحكم واحد في الجريمة وفساد زواجاهما". فيظهر جيلاً للعيان أن المشرع التونسي لم يفرض قيود على تعدد الزوجات كما فعل المشرع الجزائري، بل ذهب بعيداً في ذلك حيث نص وبصراحة على حُرمة تعدد الزواج معتبرا أيّاه أنه زواج فاسد ناصّاً في ذلك على إيقاع عقوبات على مرتكبيه.

وذهب بعض الفقه[1] إلى القول أن م 18 قوبلت بالرفض الاجتماعي rejet social باعتبارها حكما لا ينسجم مع النظام القانوني الأخلاقي والاجتماعي، حيث لجأ الأفراد إلى التزاوج عن طريق الزواج العرفي mariage orf ou coutumier، وظهرت عادات الانحلال الغربي؛ أي زوجة شرعية وعدد من الخليلات.

ويُشير الأستاذ عمار عبد الواحد عمار الداودي إلى أن: " منع التعدد ليس فكرة مُستحدثة ولا موقفاً تبنّاه المشرع التونسي بمعزل عن الاتجاهات الفقهية، بل إن عديد المجتهدين في ميدان الفقه الإسلامي قد طالبوا به واعتبروه ضرورة شرعية يمليها واقع العلاقات الزوجية في العصر الحاضر[2]. و يعتبر الأمام محمد عبده أول فقيه إسلامي دعا إلى إقرار المساواة بين المرأة، والرجل متجاوزا بذلك كل التراث الفقهي، ومعتمداً

1 – بلحاج العربي، شرح قانون الاسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص. 94.

2 – عمار عبد الواحد عمار الداودي ،المرجع السابق، ص .198.

تأويله الخاص للآيات القرآنية، ففي تفسيره للآية " ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف" يقول: "هذه كلمة جليلة....فهي قاعدة كلية ناطقة بأن المرأة مساوية للرجل في جميع الحقوق"

هذا، وتجدر الإشارة إلى أن القانون التونسي يَصفه الغربيون أنه أحسن قانون عربي إسلامي أَنْصَفَ المرأة وحفظ كرامتها مُتماشيا في ذلك مع المواثيق والإعلانات الدولية والإقليمية خاصة منها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

أما المُشرع المغربي فقد نظم تعدد الزوجات في المواد من 40 إلى46 من مدونة الأسرة المغربية. حيث تنص م40" يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها " وتنص م 41 " لا تأذن المحكمة بالتعدد: -إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي .-إذا لم تكن لطالبه المواد الكافية لإعالة الإمرأتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة". وتنص م 44/ 2 " للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن. إذا ثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالها ".

ويتجلى من خلال هاته النصوص أن المشرع المغربي أجاز تعدد الزوجات لكن قيده بشروط وضوابط كنظيره الجزائري[1]، وذلك يأتي بعد استجابة المشرع المغربي للمطالبين بمساواة المرأة بالرجل في المغرب، حيث جاء في ديباجة المدونة" .... وقد سلك جلالة الملك محمد السادس مشددا على الالتزام بأحكام الشرع ومقاصد الإسلام السمحة، وداعيا إلى إكمال الاجتهاد في استنباط الأحكام، مع الاستهداء بما تقتضيه روح العصر والتطور، والتزام المملكة بحقوق الإنسان كما هو متعارف عليها عالميا".

1 – تعديل قانون الأسرة الجزائري في 2005 مستوحى من مدونة الأسرة المغربية الصادرة في 2004.

ويُستشف من العبارة الأخيرة " تقتضيه روح العصر والتطور .." المعاهدات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان والمرأة. ويشير الأستاذ عبد الله السويسي إلى أنه مما يدعوا إلى الاستغراب أن المدونة المغربية شرعت المسطرة للوصول إلى توثيق عقد الزواج ، بينما أفقدت المدونة نفسها وثيقة عقد الزواج قيمتها القانونية، وقوتها الإلزامية بكل مادة تنص على أنه: "متى ثبتت بنوة الولد بأية وسيلة مقررة شرعا كالشبهة، أو الاستلحاق، أو الإقرار، أو البينة، أو الخبرة أصبح الولد شرعيا مثل المادة 16، 145، 152، 157، 158، و160. وبالتالي فإن من أراد أن يعدد فسيعدد بدون هذه المسطرة التي يراها معقدة مادامت ستؤدي إلى وثيقة قد فقدت قيمتها القانونية، و مادام سيتم الاعتراف بولده، وسيصبح شرعيا بمجرد الشبهة، أو الاستلحاق، أو الإقرار،أوالبينة، أو الخبرة الطبية[1].

ونفس هاته الفكرة تمس المشرع الجزائري، حيث تنص م1/40من قانون الأسرة"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و33و34من هذا القانون"

وبعد الدراسة و التحليل لموضوع تعدد الزوجات، نَخلُصُ إلى أن التعدد كان موجوداً في الحضارات التي سبقت الإسلام بشكل غير منظم بشروط و ضوابط، إلى أن جاءت الشريعة الإسلامية فكان أول إصلاح في هذا النظام أن قصرته على أربع زوجات مشددة في ذلك على العدل بينهن إذا ما دعت إلى ذلك الحاجة ، فالشريعة أباحت التعدد حينما تدعوا الحاجة إليه، ولم توجبه لأنه رخصة لا عزيمة، وفرع لا أصل و أمر استثنائي لا قاعدة عامة.

و المشرع الجزائري في تعديله لقانون الأسرة لم يمنع تعدد الزوجات كما فعل المشرع التونسي، بل ذهب في ذلك منحى المشرع المغربي أَين شدد على نظام التعدد

---

1 – عبد الله التناني ، المرجع السابق، ص.198.

إلى حد التقييد بقيود المبرر الشرعي على سبيل الحصر ، مع الإذن بالترخيص الذي يكون تحت سلطة القاضي الذي حُكمه غير قابل للطعن .

هذا، و خضع المشرع الجزائري لتوجهات المطالبين بمساواة المرأة بالرجل، وذلك أن واقع التعدد في الجزائر لا يتجاوز نسبة 3%،فهو لا يثير إشكال بهذا الشكل الكبير الذي تروج له الجمعيات المطالبة بمساواة المرأة بالرجل، في حين انه مسائل واقعية أخرى على المشرع أن يجد حلول جدية لها على غرار ظهور ما يسمى بالأمهات العازبات، وانتشار دور الطفولة المسعفة، وهي ظواهر كلها دخيلة على المجتمع الجزائري المسلم المتأصل. وعليه نرى أن الحل يكمن في التعدد بضوابط تكون أقل شِدَّة من التي وضعها المشرع. ونُعَاود الإشارة إلى قول "جون كربونييه" إن قانون الأسرة فرع مستقل بذاته من فروع القانون الخاص له ذاتيه الخاصة، حيث يخضع لفرضية "اللاقانون" فهذا الأخير هو الأساس في عالم الأسرة، و القانون هو الاستثناء.

وبهذا، نكون قد عالجنا بالدراسة والتحليل مساواة المرأة في إنشاء عقد الزواج في التشريع الجزائري، مُنتقلينَ بعدها لِدراسة ذلك في المواثيق الدولية، في الباب الثاني.

الباب الثاني

المساواة بين الجنسين في المواثيق الدولية وتطبيقاتها على عقد الزواج في الجزائر

عَنيت منظمة الأُمم المتحدة بالحفاظ على حقوق الإنسان، على اعتبارها حقوق لصيقة بالبشرية وعامة في كافة المجتمعات، ولإجل ذلك جاءت الشرعة الدولية[1] لِتُؤكد على عدم المساس بها أو التنازل عنها، وأحقية الشعوب في الدفاع عنها.

هذا، وتتعدد الأصناف والفئات البشرية التي تحظى بحماية خاصة من قبل الأمم المتحدة وهيئاتها، لِما لهاته الفئات من وضعية هشة داخل الدول، فهي تتمتع بحقوق مَنقُوصة أو تمييزية أو تُستبعد أحياناً من دائرة بعض الحقوق، وذلك بغير مبرر أو مسوغ قانوني. ونجد من بين أهم هاته الفئات، الأطفال، والنساء، والعجزة، والفقراء، والرقيق، فهي تُعاني من التمييز والإقصاء في التمتع ببعض الحقوق.

وبما أن موضوع دراستنا ينصب حول المرأة، فقد أَولت الأُمم المتحدة عِناية خاصة بهاته الفئة البشرية، وعملت جاهدة عبر كل مؤسساتها، على تعزيز مكانة المرأة داخلياً وعالمياً، ورفع كل أنواع التمييز الممارس عليها من قبل الدول، وإحلال محله مبدأ المساواة في التمتع بكافة الحقوق على اختلافها.

ولإجل ذلك فقد تكرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في جميع الصكوك الدولية العالمية والإقليمية. فقد نُظم في ذلك عدة نصوص في ميثاق الأمم المتحدة، و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية.

كما عُقد لقضية مساواة المرأة وإنصافها العديد من المُؤتمرات الدولية[2]، كمؤتمر القاهرة، ومؤتمر بكين وغيرها، وأُبرِمت العديد من المواثيق والإعلانات الدولية الخاصة بمساواة المرأة،على رأسها اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979.

1- المقصود بها: ميثاق الأمم المتحدة ، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والعهدين الدوليين.

2- تيسير فتوح حجة، المرجع السابق، ص.32،31

وبهذا، سنتطرق إلى أهم المواثيق الدولية التي انضمت إليها الجزائر لِتُؤكد حِرْصَهَا الشديد على مساواة المرأة في كل المجالات (الفصل الأول)، ثم نتناول بعد ذلك سحب الجزائر لبعض تحفظاتها على اتفاقية سيداو، وما نَتَجَ عنه من تعديلات لقانون الأسرة الجزائري (الفصل الثاني).

الفصل الأول

المساواة بين الجنسين في المواثيق والمؤتمرات الدولية واتفاقية سيداو

كان موضوع حقوق الإنسان إلى غاية مطلع القرن العشرين، من المواضيع الداخلية للدول لسيادة الإعتقاد بأن معاملة الدولة لمواطنيها تخرج عن نطاق واختصاص القانون الدولي، وتُعد من اختصاص الدولة داخلياً. فكل دولة تنظم المراكز القانونية لرعاياها ومواطنيها وِفق دستورها ونُظمها طبقاً لمبدأ سيادة الدولة. من غير تدخل في شؤونها من قبل أعضاء المجتمع الدولي. فتقرر من الحقوق ما تشاء لمواطنيها، وتفرض عليهم ما تشاء من العقوبات وفقاً لسياستها الداخلية.

لكن، منذ أن وضعت الحرب العالمية أوزارها، وما خلفته من آثار سلبية على البشر والبيئة، بدأ الإهتمام الدولي بموضوع حقوق الإنسان على مستوى القانون الدولي والقضاء الدولي والفقه. ولقد عملت عصبة الأمم عند إنشاءها سنة 1919م على تحقيق السلم والأمن الدوليين، وتعزيز احترام حقوق الإنسان. وهو نفس النهج الذي سارت عليه هيئة الأمم المتحدة عند إنشائها كمنظمة عالمية وحيدة خلفاً لعصبة الأمم عند فشلها في حفظ السلم والأمن الدوليين، حيث قامت الهيئة بتحمل مسؤولياتها الدولية في حفظ السلم والأمن الدوليين، وتعزيز احترام حقوق الإنسان.

فقامت هيئة الأمم المتحدة بعقد المُؤتمرات الدولية لمناقشة موضوع حقوق الإنسان وإيجاد الآليات القانونية لعدم انتهاك حقوق الإنسان من قبل الدول. كما عملت

على إنشاء وتأسيس وكالات متخصصة في حماية وتعزيز حقوق الإنسان على اختلافها.

وبذلك سنعالج في هذا الباب مساواة المرأة في الشِرعة الدولية وبعض المواثيق والإعلانات الدولية (المبحث الأول)، ونتناول أهم صك دولي عُني بشكل خاص بمسألة المساواة، ألاَ وهو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 (المبحث الثاني).

المبحث الأول

المساواة بين الجنسين في المواثيق والمُؤتمرات الدولية

بعد نيلها الإستقلال، سَعَت الجزائر إلى الإنضمام إلى العديد من المواثيق الدولية والإقليمية[1]، التي تُعنى بحقوق الإنسان عامة وبحقوق المرأة خاصة، إيماناً منها على تجسيد دولة القانون، وانطلاقاً من سيادتها القانونية التامة، وذلك بإبراز خصوصيتها وإيديولوجيتها ومبادئها المنصوص عليها في الدستور، باستعمال حقها السيد في التحفظ على النصوص الدولية التي لا تتماشى وثوابت الدولة الجزائرية[2].

1- منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الاسلامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص80 وما بعدها.

2- صادقت الجزائر على اتفاقيات الأمم المتحدة الرئيسية السبع المعنية بحقوق الإنسان وهي: "العهدان الدوليان الخاصان بالحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية" (1989)، و"اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز العنصري" (1972)، و"اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة(1996) "، و"اتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة" (1989)، و"اتفاقية حقوق الطفل" (1993)، و"اتفاقية حماية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم" (2005). كما صادقت على "البروتوكول الاختياري الأول" الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (1989).
أما بالنسبة للمواثيق الإقليمية، فقد وافقت الجزائر على "إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام" الصادر عن مؤتمر وزراء خارجية الدول الإسلامية في العام 1990، وهو وثيقة إرشادية لا تحتاج إلى تصديق. وانضمت إلى "الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب" (1983). كما وافقت على "الميثاق العربي لحقوق الإنسان/المعدَّل" الذي اعتمدته القمة العربية في تونس في مايو/أيار 2004 ,ولكنها لم تصادق عليه شأن معظم البلدان العربية. أنظر، فهرس حقوق الانسان في الدول العربية، الجزائر. http://www.arabhumanrights.org/countries/

وللإشارة نذكر أن المعاهدات الدولية تسمو على القانون الداخلي، طبقاً لـ م132 من الدستور1996:"المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون". وقبل ذلك أكد المجلس الدستوري هذا النهج في قراره المؤرخ في 20أوت 1989 حيث جاء فيه:"تندرج كل اتفاقية بعد التصديق عليها ومنذ نشرها في القانون الوطني، وتكتسب تطبيقاً للمادة 123 من الدستور(دستور1989) سلطاناً يسمو سلطان القانون، بما يسمح لكل مواطن جزائري بالاستناد إليها أمام الهيئات القضائية"[1]. وبهذا سنُبين إن كان هُناك إنسجام مابين المواثيق الدولية ونصوص التشريع الأُسري في الجزائر فيما يخص المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج.

وعليه، سَنُبين مركز المرأة في المواثيق والإعلانات الدولية(المطلب الأول)، ثم نوضح عِناية المُؤتمرات الدولية بمساواة المرأة(المطلب الثاني).

المطلب الأول

المساواة بين الجنسين في المواثيق الدولية

عَنيت الشرعة الدولية بحقوق الإنسان عامة، وبحقوق المرأة والطفل على وجه الخصوص. وذلك للإنتهاكات الخطيرة في حق هاتين الفئتين من قبل بعض الدول على المستوى الداخلي. فقد تضمنت الشرعة الدولية لهيئة الأمم المتحدة ثرسانة من النصوص الدولية تُعنى بتأكيد وتعزيز وفرض مبدأ مساواة المرأة في جميع الحقوق مع الرجل، بغض النظر عن الإختلاف البيولوجي. وأقرت لِذلك مجموعة من الآليات القانونية والقضائية لرقابة مدى تجسيد ذلك على المستوى الواقعي من قبل دول المجتمع الدولي.

1- حنان براهيمي، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، العدد الرابع، ص.333.

وبذلك سنُعالج مساواة المرأة في مواثيق الشرعة الدولية(الفرع الأول)، ثم في بعض الإعلانات الخاصة بمساواتها مع الرجل(الفرع الثاني).

الفرع الأول
في الشرعة الدولية

ونستهل مناقشة ذلك في ميثاق الأمم المتحدة لسنة 1945م(أولاً)، ثم في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان(ثانياً)، وبعدها في العهدين الدوليين للحقوق (ثالثاً) .

أولاً–في ميثاق الأمم المتحدة:

بدأ الاهتمام الدولي بقضية مساواة المرأة منذ تأسيس منظمة الأمم المتحدة، حيث يُعتبر ميثاقها الذي أُعتمِدَ في 1945/06/26 بـ سان فرانسيسكو[1]، أول معاهدة دولية تُشير في عبارات مُحددة إلى مساواة الرجال والنساء في الحقوق، ولذلك أنشأت لجنة مركز المرأة سنة 1946، لتنشط في مراقبة أوضاع المرأة ونشر حقوقها[2].

وعليه، فالميثاق له قيمة قانونية كبيرة وله طبيعة مزدوجة فهو معاهدة دولية تلتزم الدول بها، وهو ميثاق انشاء وتنظيم المؤسسة الدولية[3]. ولقد أكد ميثاق الهيئة على تجسيده لمبدأ مساواة المرأة دولياً وداخلياً، بكل الوسائل والتدابير المُتاحة لها، حيث جاء في ديباجة الميثاق:"...وأن نؤكد من جديد إيماننا بالحقوق الأساسية للإنسان وبكرامة الفرد وقدره وبما للرجال والنساء والأمم كبيرها وصغيرها من حقوق متساوية". وجاء في

1– وُقّع ميثاق الأمم المتحدة في 26 حزيران/يونيه 1945 في سان فرانسيسكو في ختام مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بنظام الهيئة الدولية وأصبح نافذاً في 24 تشرين الأول/اكتوبر 1945.
http://www.un.org/ar/documents/charter

2 – دعد موسى، حقوق المراة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، الحوار المتمدن–العدد 419 – 203/03/08 – 06:12، http://www.ahewar.org ؛ و علي يوسف الشكري، حقوق الإنسان في ظل العولمة، ط1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص.125،124.

3– خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الإتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية– دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص.26؛ و عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطور، دار هومه، الجزائر، 2009، ص.63،62.

م3/1 تحت الفصل الأول" في مقاصد الهيئة ومبادئها " :"... على تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك إطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء".

فهنا تأكيد واضح من الهيئة على المساواة، وذلك بتكرار الرجل والمرأة، بعد ذكر عامل"الجنس". كما جاء في الفصل التاسع "في التعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي" في م 55/ج"أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء، ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلاً." فيتبين حرص الهيئة على تجسيد المساواة فعلياً على أرض الواقع، وعدم الإقتصار على تنظيمها بنصوص تشريعية فقط[1].

و يُشير بعض الفقه إلى أنه :"على الرغم من أن ميثاق الأمم المتحدة يعد أول صك دولي يذكر تساوي الرجل والمرأة بصياغة محددة و واضحة، إلا أنه أشار فقط إلى التمييز القائم على أساس الجنس أو اللغة أو الدين، ولم يلزم الدول الأعضاء بسن قوانين وطنية ملائمة لذلك، ولم يضع الميثاق آلية مناسبة لتنفيذ مضمونه[2]". وهو طرح غير صائب، ذلك أن الهيئة أَنشأت العديد من اللِجَان والمُؤسسات كما تَمت الإشارة إليه.

وتُعد لجنة مركز المرأة[3] التابعة للأمم المتحدة أهم هاته اللجان، إذ تتكون من 45 عضو يتم انتخابهم من قبل المجلس، ومدة عضويتهم أربع سنوات، وتجتمع سنوياً بهدف عمل مُسودات وتوصيات وتقارير خاصة بمكانة المرأة وتقويم تلك الأعمال. ومثال ذلك الدور الكبير لهاته اللجنة في التحضير لمؤتمرات بيكين، وبيكين+5.

---

1 - علي يوسف الشكري، المرجع السابق، ص.125.

2- فاروق الزعبي، حقوق المرأة في القانون الدولي والتشريعات الوطنية الأردنية- دراسة مقارنة-، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة اليرموك الأردنية، المجلد19 ، ، مارس 2003 ، العدد الأول ص.218 .

3- تأسست بموجب قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي رقم 11(د2).

وفي نفس السياق، سنعالج الموضوع في إطار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، الذي يختلف عن ميثاق الأُمم المتحدة من حيث القوة المُلزمة.

ثانياً- في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[1]:

أُعتُمِدَ بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) المؤرخ في في 10ديسمبر1948، و طلبت الجمعية العامة من البلدان الأعضاء كافة أن تدعو لنص الإعلان و أن تعمل على نشره وتوزيعه وقراءته وشرحه، ولاسيما في المدارس والمعاهد التعليمية الأخرى، دون أي تمييز بسبب المركز السياسي للبلدان أو الأقاليم.[2]

وعلى الرغم من كونه ذو طابع أدبي غير مُلزم من الناحية القانونية، ذلك لعدم صدوره في شكل اتفاقية دولية ملزمة لأطرافها، إلا أنه من المستقر عليه أن مبادئه تدخل ضمن قواعد القانون الدولي العرفي[3].

وقد صادقت عليه الجزائر بموجب م11 من دستور 1963 التي تنص:"توافق الجمهورية على الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وتنضم إلى كل منظمة دولية تستجيب لمطامح الشعب الجزائري وذلك اقتناعاً منها بضرورة التعاون الدولي".

وتنص م2 من الإعلان:" لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان، دون أي تمييز، كالتمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي آخر، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو أي وضع آخر، دون أية تفرقة بين الرجال والنساء. وفضلا عما تقدم فلن يكون هناك أي تمييز أساسه الوضع السياسي أو القانوني أو الدولي لبلد أو البقعة التي

1- خالد التلاحمة، الحماية القانونية للأسرة، المرجع السابق، ص.559.

2- الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الانسان. http://www.la-laddh.org/

3- باية عبدالقادر، العهدان الدوليان لحقوق الانسان بين الالتزام والتحفظ، دار هومه، الجزائر،2014، ص.37.

ينتمي إليها الفرد سواء كان هذا البلد أو تلك البقعة مستقلا أو تحت الوصاية أو غير متمتع بالحكم الذاتي أو كانت سيادته خاضعة لأي قيد من القيود".

وتنص م7منه:" كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تميز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا". فبقراءة قانونية لهذين النصين يتبين لنا أن الإعلان أكد ما ذهب إليه ميثاق الأمم المتحدة،بعد ثلاث سنوات، من رفع كل أنواع التمييز بين الجنسين، مهما كان العامل وفي شتى المجالات.

وبالرجوع إلى م16 التي تنص:"1- للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين، ولهما حقوق متساوية عند الزواج وأثناء قيامه وعند انحلاله.2- لا يبرم عقد الزواج إلا برضى الطرفين الراغبين في الزواج رضى كاملاً لا إكراه فيه.3- الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة".

ولقد تحفظت عِدة دول عربية وإسلامية على الفقرة الاولى من هاته م، وذلك لكونها تسمح بإبرام عقد الزواج بين أي رجل وامرأة بغض النظر عن ديانتهما، وهو ما يتناقض مع أغلب تشريعات الدول العربية والمسلمة، التي تحظر زواج المسلمة من غير مسلم[1]. وسنرجع لهذا الموضوع بشئ من التفصيل في الفصل الثاني[2].

ونظراً لإغفال ميثاق الأُمم المتحدة عن بعض الحقوق، عملت الهيئة لِتدارك ذلك بإصدار العهدين الدوليين سنة1966م لتضمن بذلك كافة الحقوق على اختلافها. الأمر

1- منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2010، ص.221 ؛ و وحياني الجيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009، ص.12.

2- الفصل الثاني، المبحث الثاني(سحب الجزائر لبعض تحفظاتها على اتفاقية السيداو)، المطلب الثاني،الفرع الثاني (تَعَارض نصوص قانون الأسرة مع اتفاقية السيداو(في تأسيس عقدالزواج))،ص 316.من الأروحة.

الذي سنتناوله في النقطة الموالية.

ثالثاً- في العهدين الدوليين[1]

أُعتُمِدَ العهد الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في16ديسمبر1966. ودخل حيز النفاذ في 3يناير1976 ، طبقاً للمادة 27. و اعتمد العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16ديسمبر1966، ودخل حيزالنفاذ في23مارس1976، وفقا لأحكام م 49 [2].

وانضمت الجزائر[3] للعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية في 1989/12/09، ودخلت حيز التنفيذ في1989/12/12. ونفس الأمر بالنسبة للبروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بشأن تقديم شكاوى من قبل الأفراد. غير أن الجزائر تحفظت على المواد 3/1و 22 و4/23. [4]

وكذلك الأمر بالنسبة للعهد الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، حيث انضمت الجزائر له في1989/12/09، ودخلت حيز التنفيذ في 1989/12/12[5].كما تحفظت الجزائرعلى المواد3/1و8 و4/13،3 و 14و4/23.[6]

1- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية(ICCPR)، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية(IESCR)

2- وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والاتفاقات الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.82.

3- فهرس حقوق الانسان في الدول العربية www.arabhumanrights.org/countries/ratification

4- http://www.arabhumanrights.org/resources/reservations

5- وتم النشر في ج.ر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 67/89 الصادر بتاريخ 1989/05/17.ج.ر رقم20.

6- http://www.arabhumanrights.org/resources/reservations

تحفظت الجزائر على بعض أحكام العهدين الدوليين، بموجب إعلان تفسيري على النحو التالي :

تفسر الحكومة الجزائرية م (1) التي هي مشتركة بين العهدين على أنها لا تمس بأية حال حق كافة الشعوب عير القابل للتصرف في تقرير المصير، وفى السيطرة على ثرواتها الطبيعية، وترى أن ما يشار إليه في م (3/1) في

و تكمن أهمية هَذَيْنِ النصين في تكامل الواحد بالآخر إذ يتعرض كلّ واحد إلى مجموعة من الحقوق المرتبطة بمواطنة الإنسان بإنسانيته وبدوره في النهوض بالمجتمع وفي الطابع الشموليّ لهذين العهدين وفي الاعتراف بكافة الحقوق والحريات الأساسية للنساء والرجال بدون تمييز.

و يرتكز كل عهد على مبدأ المساواة بين الجنسين حسبما أقرّ الفصل الثالث المشترك لكليهما الذي ينص"أنّ الدول الأطراف تتعهّد بضمان مساواة الذكور بالإناث في حقّ التمتّع بجميع الحقوق المنصوص عليها في هذين العهدين...". و تمثّل هذه النصوص شوطا هاما وبادرة أساسية في نشر الوعي بحقوق الإنسان للنساء والرجال وفي الإحساس بضرورة الاعتراف بها و بحمايتها[1].

هذا، وتنص م2من ع.د.ح.م.س على أنه:"1 تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد باحترام الحقوق المعترف بها فيه، وبكفالة هذه الحقوق لجميع الأفراد الموجودين في إقليمها والداخلين في ولايتها، دون أي تمييز بسبب العرق، أو اللون، أو **الجنس**، أو اللغة، أو الدين....

كلا العهدين، وفي م (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من إبقاء حالة التبعية لبعض الأقاليم يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة وأهدافها.

وتفسر الحكومة أحكام م (8) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وم (22) من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية تفسيراً يقضي بجعل القانون هو الإطار الذي تعمل الدول داخله فيما يتعلق بتنظيم ممارسة الحق في إنشاء تنظيم. وتعتبر الحكومة أحكام الفقرتين 3 – 4 من م (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا تمس بأية حال الحق في أن تنظم بحرية نظامها التعليمي.

وتفسر الحكومة أحكام الفقرة 4 من م (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن حقوق ومسئوليات الزوجين أثناء الزواج وعند فسخه على أنها لا تمس بأية حال القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني الجزائري.

1- حفيظة شقير، الاتفاقيات الدولية وحقوق المرأة في العالم العربي، مركز الدراسات أمان، المركزالعربي للمصادر والمعلومات حول العنف ضد المرأة، 2005/03/10، http://www.amanjordan.org

2 تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلا إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقا لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضروريا لهذا الإعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية ".

وتنص م3 منه على أنه:" تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بكفالة تساوى الرجال والنساء في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية المنصوص عليها في هذا العهد."

وتنص م23منه على أنه:"1-الأسرة هي الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، ولها حق التمتع بحماية المجتمع والدولة. 2-يكون للرجل والمرأة، ابتداء من بلوغ سن الزواج، حق معترف به في التزوج وتأسيس أسرة. 3- لا ينعقد أي زواج إلا برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء كاملا لا إكراه فيه.4- تتخذ الدول الأطراف في هذا العهد التدابير المناسبة لكفالة تساوى حقوق الزوجين وواجباتهما لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله. وفى حالة الانحلال يتوجب اتخاذ تدابير لكفالة الحماية الضرورية للأولاد في حالة وجودهم."

وتنص م3من ع.د.ح.إ.ج.ث على أنه:" تتعهد الدول الأطراف في هذا العهد بضمان مساواة الذكور والإناث في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المنصوص عليها في هذا العهد." وتنص م2/5:" لا يقبل فرض أي قيد أو أي تضييق على أي من حقوق الإنسان الأساسية المعترف بها أو النافذة في أي بلد تطبيقا لقوانين أو اتفاقيات أو أنظمة أو أعراف، بذريعة كون هذا العهد لا يعترف بها أو كون اعترافه بها أضيق مدى." وتنص م1/10:" وجوب منح الأسرة، التي تشكل الوحدة الجماعية الطبيعية والأساسية في المجتمع، أكبر قدر ممكن من الحماية والمساعدة،

وخصوصا لتكوين هذه الأسرة وطوال نهوضها بمسؤولية تعهد وتربية الأولاد الذين تعيلهم. ويجب أن ينعقد الزواج برضا الطرفين المزمع زواجهما رضاء لا إكراه فيه."

فمن خلال هاته النصوص، فإن مبدأ عدم التمييز مبدأ أساسي بالنسبة للعهدين الدوليين، إلا إن الواقع العملي اثبت أن النساء لم يتمتعن حتى يومنا هذا بالحقوق نفسها التي يتمتع بها الرجال. ولذلك تنبهت المجموعة الدولية إلى ضرورة وجود اتفاقيات خاصة بحقوق المرأة[1].

ونظراً للتشعبات التي يعرفها العالم، فلم تعد الشِرعة الدولية كافية لتعزيز مساواة المرأة مع الرجل، لذلك كانت الحاجة مُلحة لمواثيق خاصة تُعنى بهاته المسألة.

الفرع الثاني
في المواثيق والإعلانات الخاصة

إهتمت الأُمم المتحدة عبر كامل فروعها بحقوق المرأة تزامناً مع حقوق الرجل، فعلى الرغم من إقرار الأمم المتحدة بحقوق الإنسان ككل من دون تمييز بين الجنسين، إلا أنها لم تعتبر هذا الأمر كافياً، لذلك أقرت مجموعة من الميكانيزمات التي تساعدها على القضاء على التمييز ضد المرأة، وتنوعت هاته الميكانيزمات بين تأسيس لجان ومؤسسات خاصة بالمرأة، وبين إقامة المُؤتمرات وإصدار الاتفاقيات الخاصة بها ابتداءً من 1975إلى الوقت الحالي[2].

وبهذا، نناقش مساواة المرأة التي جاءت ضمن المعاهدات والمواثيق الدولية(أولاً)، ثم نُعرج على نفس المنوال لمناقشة ذلك على مستوى الإعلانات الدولية(ثانياً).

1- موسى دعد، المرجع السابق، ص.2.

2- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص122،123.

أولاً- المساواة بين الجنسين ضمن المعاهدات والمواثيق الدولية الخاصة:

على اعتبارها من الفئات الهشة في الدول والمجتمعات عُنيت عدة مؤتمرات ومواثيق دولية بالمركز القانوني للمرأة، وذلك زيادة على الشرعة الدولية، نظير اهتمام العالم المتزايد بالمرأة، وذلك من أجل النهوض بحقوقها، والعمل على رفع التمييز الممارس عليها وذلك في مُختلف المجالات المدنية، والسياسية[1]، والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. ونظراً لتعددها فسنقتصر على دراسة المواثيق ذات صلة بموضوع دراستنا فقط، والمتمثلة في اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج. واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[2]. وهاته الأخيرة سنتناولها في مبحث خاص نظراً لأهميتها[3].

وعليه، فقد عَرضت اتفاقية الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، الجمعية العامة للتوقيع والتصديق بقرارها 1763 ألف د-17 المؤرخ في 7 نوفمبر1962، ودخلت حيز التنفيذ في 9ديسمبر 1964، وفقا للمادة6 منها.

وجاء في ديباجتها، أن الجمعية العامة للأمم المتحدة أعلنت بالقرار 843 د-9 المؤرخ في 17ديسمبر1954، أن بعض الأعراف والقوانين والعادات القديمة المتصلة بالزواج والأسرة تتنافى مع المبادئ المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة وفي الإعلان العالمي لحقوق الإنسان. وإذ تؤكد من جديد أن على كافة الدول، بما فيها تلك التي تقع عليها أو تتولى مسؤولية إدارة الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي أو

1- اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة1952، حيث صادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 04-126 المؤرخ في 2004/04/19(ج.ر26في 2004/04/25)؛ أعمر يحياوي، الحقوق السياسية للمرأة في الشريعة الاسلامية والقانون الدولي، دار هومه، الجزائر،2001، ص113 وما بعدها.

2- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص.222.

3- للإطلاع أكثر على المواثيق الدولية للمرأة أنظر، لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر،2006، ص.10 وما بعدها؛ و مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الاعلامية، الجزائر، 2004، ص.206 وما بعدها.

المشمولة بالوصاية حتى نيلها الاستقلال، اتخاذ جميع التدابير المناسبة لإلغاء مثل تلك الأعراف والقوانين والعادات القديمة، وذلك بصورة خاصة، بتأمين الحرية التامة في اختيار الزوج وبالإلغاء التام لزيجات الأطفال ولخطبة الصغيرات قبل سن البلوغ، وبتقرير العقوبات الملائمة عند اللزوم، وإنشاء سجل مدني أو غير مدني تسجل فيه جميع عقود الزواج.

ويُؤخذ على ما جاء في هاته الديباجة، وصف قوانين بعض الدول(والمقصود بها الدول المسلمة، وبعض الدول الأفريقية) بـ"الأعراف والقوانين والعادات القديمة" وذلك لمرجعيتها الاسلامية، ورفض الجمعية العامة لهاته القوانين يتعارض مع مبدأ خصوصية حقوق المرأة في دول العالم[1].

ولقد أكدت الاتفاقية على تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج من خلال نصوصها، حيث تنص م1/1 على أنه:" لا ينعقد الزواج قانونا إلا **برضا** الطرفين رضاء كاملا لا إكراه فيه، وبإعرابهما عنه بشخصيهما بعد تأمين العلانية اللازمة وبحضور السلطة المختصة بعقد الزواج، وبحضور شهود وفقا لأحكام القانون." وهذا النص يتوافق تماماً مع م4 ق.أ من حيث التأكيد على رضائية عقد الزواج.

وتنص م2 على أنه:" تقوم الدول الأطراف في هذه الاتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن، ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما." الأمر الذي يتوافق وما ذهب إليه المشرع الجزائري في م7 ق.أ، حيث حدد سن الزواج بـ 19 سنة كاملة، ويجوز للقاضي أن يرخص به لمصلحة أو ضرورة، كما تمت الاشارة اليه سابقاً في هاته الدراسة.

1- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص.223.

وتنص م3 على أنه:" تقوم السلطة المختصة بتسجيل جميع عقود الزواج في سجل رسمي مناسب".ولقد أكد المشرع الجزائري على تسجيل كافة عقود الزواج أمام الجهات المختصة قانوناً طبقاً للمواد18و21و22ق.أ، وطبقاً للمواد6و30و71و97من قانون الحالة المدنية[1]. ومنح الزوجين أو من يهمه الأمر، أو النيابة العامة، إمكانية طلب تثبيت عقد الزواج العرفي، ومن ثمة تسجيلها بسجلات الحالة المدنية.

ولقد أرفقت الجمعية العامة بهاته الاتفاقية توصية بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، وذلك بموجب قرارها 2018 د-20 المؤرخ في 01نوفمبر1965. حيث توصي كل دولة من الدول الأعضاء لم تتخذ بعد التدابير اللازمة من تشريعية وغير تشريعية بالقيام بالخطوات اللازمة وفقا لنظامها الدستوري وعاداتها التقليدية والدينية، لإقرار ما يناسب من التدابير التشريعية أو غيرها لإعمال المبادئ التي من شأنها تعزيز المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج[2].

ولقد جاء في المبدأ الثاني من هاته التوصية على أنه:" تقوم الدول الأعضاء باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة، لتعيين حد أدنى لسن الزواج على أن لا تقّل عن **خمسة عشرة عاما**، ولا يجوز التزوج قانونا لمن لم يبلغها ما لم تعفه السلطة المختصة من شرط السن لأسباب جدية، لمصلحة الطرفين المزمع زواجهما".

فيتبين أن التوصية قد حددت سن أدنى للزواج بـ 15 سنة لا يجوز للدول الإذن بالزواج دونها. وهو رأي صائب ومنطقي، فقد يبلغ الفتى أو الفتاة فيزولوجياً لكن

1- الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 1970/02/19 يتعلق بالحالة المدنية. تنص م6:"تسجل عقود الحالة المدنية في كل بلدية في ثلاث سجلات ...: سجل عقود الميلاد، وسجل عقود الزواج، وسجل عقود الوفيات.." م71:"يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي..."

2- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص.224.

مسؤوليات عقد الزواج أكبر من ذلك بكثير[1].

ثانياً- المساواة بين الجنسين ضمن الإعلانات الدولية:

أصدرت الجمعية العامة إعلاناً بشأن القضاء على العنف ضد المرأة[2] بموجب القرار الذي اتخذته بناء على تقرير اللجنة الثالثة (A/48/629)، وهو القرار رقم104/48المؤرخ في ديسمبر1993. وإعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، الذي أُعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم(2263د-22) المؤرخ في 7 نوفمبر1967.

ونتناول هذا القرار لكونه يتعلق بالموضوع محل الدراسة، حيث جاء مُكون من ديباجة وإحدى عشر مادة. إذ جاء في ديباجته، أخذ الجمعية العامة بعين الإعتبار، القرارات والإعلانات والاتفاقيات والتوصيات الصادرة عن الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة والرامية إلى القضاء على التمييز بكافة أشكاله، وإلى تعزيز تساوي حقوق الرجل والمرأة، وإذ يقلقها استمرار وجود قدر كبير من التمييز ضد المرأة، رغم ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان، وغير ذلك من مواثيق الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، ولذلك عملت إلى إصدار هذا الإعلان[3].

وتجدر الإشارة إلى أن الإعلان يختلف عن المعاهدة، من حيث القوة المُلزمة. فالإعلان يبقى مجرد إلتزام أدبي يجوز للدول عدم الأخذ به، لكن العرف الدولي أثبت

1- بوقطوف خميسي، التزامات دول شمال إفريقيا بالنصوص الدولية المتعلقة بحقوق المرأة، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص24،25.

2- تبنت هيئة الأمم المتحدة عام 1993 الإعلان العالمي بشأن القضاء على العنف ضد المرأة وذلك لسد الثغرة الكبيرة في اتفاقية (سيداو) التي لم تعالج قضية العنف ضد المرأة على الرغم من إنها من بين القضايا التي أقرتها مؤتمرات المرأة وحقوق الإنسان باعتبارها تشكل انتهاكا لحقوق الإنسان؛ موسى دعد، المرجع السابق، ص.3.

3- وسام الأحمد، المرجع السابق، ص.82.

غير ذلك، فمعظم الدول تحاول الأخذ بما جاء في بنوده وذلك لكونه يسعى إلى تعزيز مساواة المرأة والتأكيد على مساواتها في شتى المجالات.

ولقد تضمنت م2 من هذا الإعلان حث الجمعية العامة الدول أن تتخذ جميع التدابير المناسبة لإلغاء القوانين والأعراف والأنظمة والممارسات القائمة التي تشكل تمييزا ضد المرأة، من أجل تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة[1].

ولقد تضمنت م6 عدم الإخلال بصيانة وحدة وانسجام الأسرة، التي تظل الوحدة الأساسية في أي مجتمع، وتُتَخذ جميع التدابير المناسبة، ولا سيما التشريعية منها، لكفالة تمتع المرأة بحقوق مساوية لحقوق الرجل في ميدان القانون المدني، ولا سيما الحقوق حق التمتع بالأهلية القانونية ، وتأمين مبدأ تساوي الزوجين في المركز[2].

كما أكد الإعلان على أن يكون للمرأة، سواء بسواء مع الرجل، حق اختيار الزوج بملء حريتها وعدم التزوج إلا بمحض رضاها الحر التام. ومساواة المرأة مع الرجل في الحقوق وأثناء قيام الزواج وعند حله. و حظر زواج الصغار وعقد خطوبة الفتيات غير البالغات، واتخاذ التدابير الفعالة المناسبة، بما في ذلك التدابير التشريعية، لتحديد حد أدنى لسن الزواج ولجعل تسجيل عقود الزواج في السجلات الرسمية إجباريا[3].

والمُلاحظ أيضاً، أن الإعلان ركّز على المساواة في القانون المدني في تشريعات الدول، وهذا بحد ذاته تمييز وإقصاء تُمارسه الجمعية العامة. ذلك أن الدول الغربية لا تعرف تقسيم الحقوق إلى مدنية وأحوال شخصية، فالكل يُنظمه القانون المدني. عكس الدول العربية والمسلمة إلى تفرق بين الحقوق المدنية، والتي يُنظمها القانون المدني، والأحوال الشخصية التي ينظمها قانون الاحوال الشخصية.

---

1 – علي يوسف الشكري، المرجع السابق،ص.127.

2– منال فنجان علك ، المرجع السابق، ص.94.

3– وسام الأحمد ، المرجع السابق، ص.94.

وفي هذا تُطالب الأمينة العامة لحزب العمال لويزة حنون بإلغاء قانون الأسرة الحالي وتغييره بقانون عضوي مدني، يساهم في تحقيق المساواة بين الرجل و المرأة في جميع المجالات. وأوضحت حنون في تجمع نظمته لفائدة مناضلات الحزب بمناسبة اليوم العالمي للمرأة أنه بات من الضروري التفكير في إلغاء قانون الأسرة لتحقيق المساواة بين الجنسين[1].

وسعياً منها دائماً في نشر الوعي بين الشعوب والدول، تذهب الأمم المتحدة دائماً إلى الإشراف على تأطير العديد المُؤتمرات الدولية والإقليمية المُتعلقة بمساواة المرأة مع الرجل في شتى المجالات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية.

المطلب الثاني

مُساواة المرأة في المُؤتمرات الدولية الخاصة

عَمِلَت الأُمم المتحدة على تأطير سلسلة من المُؤتمرات الدولية الخاصة بالمرأة في العقود الثلاث الأخيرة من القرن الـ20، بدءاً من مؤتمر المكسيك1975، الذي صدر عنه إعلان السنة الدولية للمرأة، وتبعه اعتماد الجمعية العامة الفترة من 1976 إلى 1985 عقداً عالمياً للمرأة، وانتهاءاً بمؤتمر بكين1995، مروراً بالعديد من المُؤتمرات، كمؤتمر كوبنهاجن1980، ومؤتمر نيروبي1985، ومؤتمر السكان بالقاهرة1995. [2]

والمُلاحظ أن عقد الأمم المتحدة لمؤتمرات خاصة حول مساواة المرأة لا يُثير أي استغراب، لكن الذي يبقى محل شك وإبهام هو مسألة إدراج قضايا المرأة في المُؤتمرات ذات الطابع الإقتصادي، والبيئي والصحي والتكنلوجي، وغيرها من المجالات التي لا تمت بصلة إلى وضع المرأة. وهو أُسلوب "فتح الثغرات" الذي يحول القضايا الحيادية في الأصل إلى قضايا خلافية، حيث يكثر النقاش حولها، كقضايا المساواة بين

1- حنون تدعو إلى إلغاء قانون الأسرة لتحقيق "المساواة" بين المرأة والرجل، جريدة الشروق اليومي، العدد159015في 2013/03/09 http://www.echoroukonline.com/ara/articles/159015.

2- منى أبو الفضل ، المرجع السابق، ص.104.

الجنسين. وهذا نوع من الإبتزاز على المستوى الدولي، الأمر الذي كان مرافقاً لمعظم المُؤتمرات الدولية العامة، وعلى وجه الخصوص تلك التي تتناول قضايا تهم الدول النامية، بدءاً بمؤتمر قمة الأرض(مؤتمر البيئة والتنمية) في "ريودي جانيرو" مطلع التسعينيات، إلى غاية المُؤتمر الدولي الثاني للتنمية الاجتماعية في "جنيف" منتصف سنة 2000. [1]

وعليه سنتطرق إلى أهم هاته المُؤتمرات الخاصة، في القرن العشرين(الفرع الأول)، وأخرى في القرن الواحد والعشرين(الفرع الثاني). مُبرزين سِلبياتها خاصةً على كيان الأسرة بشكل عام، والمرأة بشكل خاص.

الفرع الاول

المُؤتمرات في القرن العشرين

ونستهلها بالمُؤتمر العالمي الأول للسنة الدولية للمرأة (مكسيكو سيتي1975) (أولاً)، ثم مؤتمر كوبنهاجن 1980(ثانياً)، ثم مؤتمر نيروبي 1985(ثالثاً)، ثم مؤتمر بكين1995(رابعاً).

أولاً–المُؤتمر العالمي الأول للسنة الدولية للمرأة (مكسيكو سيتي1975):

لتذكير المجتمع الدولي أن التمييز ضد المرأة لا يزال يمثل مشكلة مستمرة في كثير من أنحاء العالم، انعقد المُؤتمر العالمي الأول حول وضع المرأة في مكسيكو سيتي من 19جوان إلى 02جويلية 1975 ، وذلك بحضور 133 دولة، حيث أُعتُمدت فيه خطة عمل عالمية تتبنى مركز المرأة على المستوى الحكومي وغير الحكومي في شتى المجالات بما فيها حماية الأسرة. كما أعلن المُؤتمر تسمية الفترة الواقعة بين 1976و1985 بـ"عقد الأمم المتحدة للمرأة العالمي"، فعشر سنوات كافية لتحقيق الأهداف الثلاثة: المساواة(المساواة بين الجنسين كاملة والقضاء على التمييز بين

1– عبد الكريم فؤاد بن عبد الكريم، العولمة الاجتماعية للمرأة والأسرة، موقع لها أون لاين، 2003/12/27، http://www.lahaonline.com

الجنسين)، والتنمية(التكامل والمشاركة الكاملة للمرأة في عملية التنمية)، والسلم (زيادة مساهمـــة المرأة في تعزيز السلام العالمي)[1].

ولقد دعا المُؤتمر إلى تحقيق المساواة الكاملة بين المرأة والرجل، والقضاء على كافة أشكال التمييز على أساس الجنس. ولأجل ذلك يتوجب على الدول تغيير تشريعاتها وأعرافها وتقاليدها، التي تُعد سبباً في فرض التمييز على المرأة. كما يتوجب إلغاء الدور النمطي الذي يقوم به كل من الرجل والمرأة داخل الأسرة[2].

ثانياً- مؤتمر كوبنهاجن 1980:

في عام 1980م في الفترة من 14 إلى 30 جويلية، عقدت الأمم المتحدة (المُؤتمر العالمي لعقد الأمم المتحدة للمرأة: المساواة والتنمية والسلم) في"كوبنهاجن" بالدانمارك. وهو المُؤتمر الثاني الخاص بالمرأة؛ وذلك لاستعراض وتقويم التقدم المحرز في تنفيذ توصيات المُؤتمر العالمي الأول للسنة الدولية للمرأة الذي عقد عام 1975م في المكسيك، ولتعديل البرامج المتعلقة بالنصف الثاني من العقد الأممي للمرأة[3].

ومن بين أهم النقاط التي عالجها المُؤتمر نجد:

1-إلغاء التمييز ضد المرأة وتفعيل المساواة بين المرأة والرجل في التشريعات والنُظم الداخلية، وذلك لتوفير الضمانات القانونية للمرأة كي تُقرر مستقبلها بنفسها، في التعليم

1- نهى القاطرجي ، المرجع السابق، ص.188.

2- منال فنجان علك ، المرجع السابق، ص.99.

3- فؤاد بن عبد الكريم، العُدوان على المرأة في المُؤتمرات الدولية، ط1، مجلة البيان، الرياض، 2005، ص.71. وللإشارة فقط، في مؤتمر كوبنهاجن عام1980 إستطاعت مجموعة الدول الإشتراكية السابقة ومعها الدول العربية وبعض دول آسيا وإفريقيا وأمريكا اللاتينية، أن تمارس ضغوطا كبيرة حتي أصدر المُؤتمر قرارا يضع الصهيونية في مصاف العنصرية وكأحد أشكالها. ولكن إستمرت الو.م.أ طوال الفترة فيما بين إنعقاد المُؤتمر 2 للمرأة في كوبنهاجن والمُؤتمر 3 في نيروبي أن تمارس ضغوطها علي الدول والمجموعات حتي إستطاعت أن تلغي القرار السابق في المُؤتمر 3عام1985. أنظر، أمينة شفيق، التعويضات عن الخطايا السياسية الكبيرة، جريدة الأهرام المصرية، 2001/09/02، السنة126، العدد 41908.

والعمل والانتماء السياسي والزواج والطلاق وعدد الأطفال، إضافة إلى ضمان قانون الأحوال الشخصية للمرأة حقوق مساوية لحقوق الرجل[1].

ولقد أُوصى المُؤتمر جميع دول الأُمم المتحدة بأن توقع وتنضم لاتفاقية سيداو، وأن تتخذ جميع التدابير اللازمة من أجل التنفيذ الفعلي لموضوعها و أغراضها، وأن تعمل جاهدةً على مُشاركة المرأة الكاملة وعلى أساس المساواة في عملية التنمية الاجتماعية[2].

2-اتخاذ التدابير اللازمة من قبل الدول من أجل تحسين فرص حصول المرأة على التعليم والتدريب وخدمات الصحة العامة، وبرامج التغذية العامة، ووضع برامج متكاملة لصحة الأسرة و رفاهها، بما فيها الرعاية الصحية للأُمهات والأطفال، وتنظيم الأسرة بما يُمكن الأبوين من ممارسة حقهما في تقرير عدد الأطفال الذي يرغبان في إنجابه، والمدة الفاصلة بين كل ولادة وأُخرى، ويتوجب على الدول إدماج هاته البرامج في مخططاتها الوطنية الداخلية[3].

3- اتخاذ الدول تدابير مناسبة من أجل إحداث تغيرات اجتماعية واقتصادية ، وإزالة الإختلالات الهيكلية التي تُديم الأوضاع غير المواتية لتي تُعاني منها المرأة. ومنع استعمال القوة أو التهديد باستعمالها، والقضاء على التمييز لأن أفضل الظروف التي يتم فيها النُهوض بحقوق المرأة على نحو تام وفعال هي الظروف التي يسود فيها السلم والأمن الدوليين[4].

1- نهى القاطرجي ، المرجع السابق، ص190.

2- موسى دعد، المرجع السابق، ص4.

3- جيهان الطاهر عبد الحليم، مضامين الاتفاقيات والمواثيق الدولية الخاصة بقضايا المرأة المسلمةالمعاصرة 2012/07/31، ص.31. http://fiqh.islammessage.com

4- منال فنجان علك، المرجع السابق، ص.100.

ثالثاً- مؤتمر نيروبي 1985:

في عام 1985م من 15إلى 26 جوان، عُقد المُؤتمر العالمي لاستعراض وتقييم منجزات عقد الأمم المتحدة للمرأة "المساواة والتنمية والسلم" في "نيروبي" بكينيا المُؤتمر الثالث الخاص بالمرأة والذي حمل شعار"استراتيجيات نيروبي المرتقبة للنهوض بالمرأة"، وذلك من عام 1986م حتى عام 2000م وقد شارك فيه 175 دولة[1]. وقد بين المُؤتمر أهداف وغايات العقد الأممي، وشدد على صحتهابالنسبة إلى المستقبل وبين الحاجة إلى اتخاذ تدابير ملموسة للتغلب على العقبات التي تعترض سبيل إنجازها أثناء الفترة 1986-2000م[2].

كما استعرَضَ المُؤتمر الإنجازات المُحققة بعد مرور عقد المرأة العالمي، ودَرَسَ العقبات والمُعوقات التي حالت دون تنفيذ الخُطط المُوضُوعة تنفيذاً كاملاً. وأكد على استمرارية العمل بخطط العمل العالمية السابقة لتنفيذ أهداف السنة الدولية للمرأة، وبرنامج العمل للنصف الثاني من عقد الأُمم المتحدة للمرأة[3].

وسعى المُؤتمر تحت شعار"استراتيجيات نيروبي المُرتقبة للنهوض بالمرأة حتى عام 2000" إلى تجسيد مكافحة أشكال التمييز ضد المرأة، ضمن ثمانية مجالات:1-تقاسم السلطة.2-المؤسسات والآليات الوطنية للنهوض بالمرأة.3-الالتزام بحقوق المرأة.4-الفقر.5-المشاركة الاقتصادية.6-الانتفاع من التعليم والخدمات الصحية والعمالة.7-العنف ضد المرأة.8-آثار النزاعات المسلحة على المرأة[4].

وفي هذا الإطار، تُؤكد الجمعية العامة على أن تحقيق مساواة المرأة على جميع

1- حيث شكرت الجمعية العامة حكومة كينيا لاستضافتها المُؤتمر العالمي لاستعراض وتقييم منجزات عقد الامم المتحدة للمرأة. الجلسة العامة 116 في 1985/12/13. A/res/40/108 .www.un.org/arabic

2- عبد الكريم فؤاد بن عبد الكريم، العولمة الاجتماعية للمرأة والأسرة، المرجع السابق.

3- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص.190.

4- نهى القاطرجي ، المرجع السابق، ص.192.

المستويات سوف يُسهم في تحقيق السلم والتقدم الاجتماعي، وفي احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية. وتُؤكد أيضاً على أن تنفيذ الاستراتيجيات التطلعية ينبغي أن تُؤدي إلى القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ولذا تَطلُبُ من الحكومات تخصيص موارد كافية، واتخاذ تدابير مناسبة وفعالة لتنفيذ الاستراتيجيات التطلعية على سبيل الأولوية العليا. وذلك بُغية النهوض بالمرأة وإدماجها في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية في بُلدَانها إدماجاً كاملاً[1].

رابعاً–مؤتمر بكين 1995م:

عقدت الأمم المتحدة المُؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة في بكين في الفترة من 04إلى 15سبتمبر 1995. وقد دعت فيه إلى مضاعفة الجهود والإجراءات الرامية إلى تحقيق أهداف استراتيجيات نيروبي التطلعية للنهوض بالمرأة بنهاية القرن العشرين[2].

ويُعد مؤتمر بكين أكبر المُؤتمرات الثلاث التي سبقته، إذْ حضرته 185 دولة، وتم خلاله إبرام 5000اجتماع لمناقشة وثيقة المُؤتمر المُكونة من 150 صفحة، سجلت 50 دولة تحفظاتها على أجزاء كبيرة من هاته الوثيقة، نظراً لِخطورة ما تدعو إليه على الأسرة والمرأة والطفل والمجتمع[3].

ولقد أُجري خِلال المُؤتمر استعراض لوضع المرأة في ضوء استراتيجيات نيروبي التطلعية، بالاستناد إلى مؤشرات التنمية التي وضعتها واعتمدتها لجنة مركز المرأة بالرجوع إلى سنوات1980، و1985، و1993.حيث تم التوصل إلى أن جُل

1– قرارات الدورة الأربعون للجمعية العامة.A/res/40/108 . الجمعية العامة، الجلسة العامة 116 في 1985/12/13. http://www.un.org/arabic

2– وسام حسام الدين الاحمد، المرجع السابق، ص.83.

3– عبد العظيم المطعني، حقوق المرأة والطفل بين الإسلام والوثائق الدولية، نقد لوثيقة بكين، ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص.42 وما بعدها.

أهداف نيروبي لم تتحقق بعد[1].

كما جاء في م15 من وثيقة بكين" أن المساواة في الحقوق، والفرص، والوصول إلى الموارد، وتقاسم الرجل والمرأة المسؤوليات عن الأسرة بالتساوي، والشراكة المنسجمة بينهما أمور حاسمة لرفاهيتهما ورفاهية أسرتهما وكذلك لتدعيم الديمقراطية"، فيُؤخذ على هذا النص إشارته إلى التساوي المُطلق بين الزوجين حول مسؤوليات الأسرة، الأمر الذي يتعارض مع نِظام القِوامة التي تعرفه الشريعة الإسلامية. وتنص م17على أنه:" أن الاعتراف الصريح بحق جميع النساء في التحكم في جميع الأمور المتعلقة بصحتهن، وخاصة تلك المتصلة بخصوبتهن، وتأكيد هذا الحق مجدداً، أمر أساسي لتمكين المرأة". هذا النص يُعطي للمرأة حرية التصرف في جسدها، وهو ما يتعارض مع النظام العام مُطلقاً. وتنص م32 على أنه:" مضاعفة الجهود لضمان تمتع جميع النساء والفتيات اللاتي يواجهن عقبات متعددة تحول دون تمكينهن والنهوض بهن بسبب عوامل مثل الأصل العرقي أو السن أو اللغة أو الانتماء الإثني أو الثقافة أو الدين أو الإعاقة، أو لكونهن من السكان الأصليين، تمتعاً كاملاً بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية". هذا النص يُقصي الدين من المنظومة القانونية، وهو ما يُخالف طبيعة قوانين الأحوال الشخصية في الدول المُسلمة خاصةً[2].

هذا، ويُعد منهاج عمل بكين بمثابة جدول أعمال لتمكين المرأة، حيث يهدف إلى التعجيل بتنفيذ استراتيجيات نيروبي التطلعية للنهوض بالمرأة وإزالة جميع العوائق التي تحول دون مشاركة المرأة مشاركة فعالة في جميع مجالات الحياة العامة والخاصة من خلال حصولها على نصيبها الكامل والمنصف في صنع القرارات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية.

1- عيسى جعنيط، المرجع السابق، ص.177.

2- بوروبي شمس الدين، المرجع السابق، ص189-196.

وهذا يعني أيضاً إقرار مبدأ تقاسم السلطة والمسئولية بين المرأة والرجل في البيت وفي مواقع العمل وفي المجتمعات الوطنية والدولية بصورتها الأعم. والمساواة بين المرأة والرجل هي مسألة تتعلق بحقوق الإنسان وشرط لتحقيق المساواة والتنمية والسلم. وتحقيق تحول في الشراكة بين المرأة والرجل بحيث يجعلها قائمة على المساواة بينهما هو شرط لتحقيق تنمية مستدامة يكون محورها الإنسان. ووجود التزام ثابت وطويل الأجل أمر ضروري لتمكين المرأة والرجل من أن يعملا معاً لصالحهما وصالح أطفالهما والمجتمع من أجل مواجهة تحديات القرن21[1].

وإثر هذا المُؤتمر أصدرت الجمعية العامة القرار رقم 52–100 بشأن متابعة المُؤتمر الرابع المعني بالمرأة والتنفيذ التام لإعلان بيكين ومنهاج العمل، فأشارت الجمعية إلى اقتناعها الراسخ بأن إعلان بيكين ومنهاج العمل، اللذين اعتمدهما المُؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة يمثلان مساهمتين مهمتين في النهوض بالمرأة في جميع أنحاء العالم، ويجب أن يترجما إلى إجراءات فعالة من جانب جميع الدول ومنظومة الأمم المتحدة وغيرها من المنظمات المعنية، فضلا عن المنظمات غير الحكومية.

وفي تَعرُضِهَا لاتفاقية سيداو، رَحبت الجمعية العامة بالعدد المتزايد من التصديقات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة وبسحب التحفظات، ثم دعت الدول الأطراف إلى تضمين تقاريرها معلومات عن التدابير المتخذة لتنفيذ منهاج العمل[2]. ومن ناحية أُخرى حثت الدول على الحد من نطاق التحفظات التي تبديها بشأن الاتفاقية، وعلى صياغة هذه التحفظات بأكبر قدر ممكن من الدقة وفي أضيق نطاق ممكن لضمان ألا تكون التحفظات غير متفقة مع غرض الاتفاقية وهدفها، أو مخالفة كذلك للقانون الدولي للمعاهدات، وعلى مراجعة تحفظاتها

1– منهاج عمل بكين، الفصل الأول، بيان المهمة الفقرات 1 – 5.

2– م38 من القرار رقم 52–100.

على نحو منتظم من أجل سحبها، وعلى سحب التحفظات التي تكون مخالفة لغرض الاتفاقية وهدفها أو التي لا تتفق كذلك مع القانون الدولي للمعاهدات[1].

والمُلاحظ أن مؤتمر بكين إذا كان ظاهره يهدف إلى إلغاء التمييز المُمَارس ضد المرأة وتعزيز المساواة بين الجنسين، فإن باطنه يوحي إلى غير ذلك تماماً. فقد كانت أهدافه الخفية تتمة لما جاء في مؤتمر القاهرة سنة1994[2]، من حيث الدعوة وبصراحة وبوضوح إلى العديد من الأمور التي فيها مخالفة للشريعة الإسلامية، بل فيها مخالفة للفطرة التي فطر الله تعالى الناس عليها مثل: الدعوة إلى الحرية والمساواة بمفهومهما المخالف للإسلام والقضاء التام على أي فوارق بين الرجل والمرأة، دون النظر فيما قررته الشرائع السماوية، واقتضته الفطرة، وحتمته طبيعة المرأة وتكوينها، وكذلك الدعوة إلى فتح باب العلاقات الجنسية المحرمة شرعاً، ومن ذلك:السماح بحرية الجنس، والتنفير من الزواج المبكر، والعمل على نشر وسائل منع الحمل، والحد من خصوبة الرجال، وتحديد النسل، والسماح بالإجهاض المأمون، والتركيز على التعليم المختلط بين الجنسين وتطويره، وكذلك التركيز على تقديم الثقافة الجنسية للجنسين بسن مبكرة، وتسخير الإعلام لتحقيق هذه الأهداف.[3]

الأمر الذي عرض وثيقة بكين لتحفظات رسمية صادرة من حوالي 40 دولة غالبيتها كاثوليكية (الفاتيكان ومالطا وبيرو والإكوادور خصوصا) أو مسلمة (ايران

1- م39 من القرار رقم 52-100.

2- انعقد بالقاهرة من 05إلى 13 سبتمبر1994 تحت شعار المؤتر العالمي للسكان والتنمية، ويُعد من المُؤتمرات التي أثارت وثيقته ضجة واسعة في العالم الإسلامي وغير الإسلامي، بسبب مخالفتها للشرائع السماوية وللفطرة السليمة. فمثلاً تردد في وثيقة هذا المُؤتمر مصطلح "الأسرة بكل أشكالها" "the family in all its forms". ولقد انتقد المركز الدولي الاسلامي للدراسات والبحوث السكانية بجامعة الأزهر وثيقة هذا المُؤتمر، مُشيراً إلى أن ليس كل ما يناسب المجتمع الغربي في هذا المجال قد يتفق مع ما يتقبله العالم الاسلامي. أنظر، الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص196. أنظر أيضاً عيسى جعنيط، المرجع السابق، ص.179.

3- خديجة كرار الشيخ الطيب بدر،المرجع السابق، ص.20؛ فؤاد بن عبدالكريم، العدوان على المرأة في المُؤتمرات الدولية، المرجع السابق، ص.72. عيسى جعنيط، المرجع السابق، ص.179.

والسودان والكويت وليبيا وموريتانيا وإندونيسيا بشكل خاص). وقد عارضت وفود هذه الدول بالإجماع المقاطع التي تعترف للمرة الأولى للمرأة بحقوق مرتبطة بحياتها الجنسية. وكانت أسباب الاعتراض بشكل عام دينية وأخلاقية وقانونية أيضا، ولا سيما في ما يتعلق بالإرث بالنسبة للدول التي تطبق الشريعة الإسلامية[1].

وبعد المؤتمرات المنعقدة في القرن العشرين، ننطرق في الفرع الموالي للمؤتمرات المنعقدة في القرن الواحد والعشرين.

الفرع الثاني

مؤتمرات القرن الواحد والعشرون

ويعد مؤتمر بكين+5 بنيويرك أول مؤتمر عني بمساواة المرأة في القرن الـ 21 وهو ما ستناوله أولاً، ثم بكين+10 بنيويرك (ثانياً)، ثم بكين+15 بنيويرك(ثالثاً).

أولاً–مؤتمر بكين+5 نيويورك 2000:

يُعد مؤتمر بيكين + 5 بمثابة دورة استثنائية للجمعية العامة بعنوان المرأة عام 2000، تحت شعار"المساواة بين الجنسين والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين". وانعُقِدَ في الفترة من 5 إلى 9 سبتمبر 2000 في
مقر الأمم المتحدة في نيويورك بمشاركة 180 دولة.

ولقد جاء هذا المُؤتمر لاستعراض وتقييم التقدم المحرز في تنفيذ استراتيجيات نيروبي التطلعية من أجل النهوض بالمرأة، المعتمدة في عام 1985، وفي منهاج عمل بيكين المعتمد في عام 1995 إبان المُؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة في بيكين. والنظر من جهة أُخرى في الإجراءات والمبادرات المقبلة لعام 2000 وما بعده.

هذا، وخلافاً للمؤتمر العالمي الرابع المعني بالمرأة، والذي كان حدثاً عالمياً اجتذب آلاف المشاركين إلى الدولة المُضيفة الصين، ستكون الدورة الاستثنائية عبارة

1– جريدة البوابة الالكترونية، دورة استثنائية لمتابعة تطبيق قرارات مؤتمر بكين للمرأة، بتاريخ 2000/06/03، http://www.albawaba.com

عن جلسة تعقد في مقر الأمم المتحدة في نيويورك. وقد تضمنت وثيقة هذا المُؤتمر نفس البنود التي دعت اليها المُؤتمرات السابقة، وخاصة مؤتمر بكين، حيث تضمن بعض الأهداف منها:

الدعوة إلى الحرية الجنسية والإباحية للمراهقين والمراهقات والتبكير بها، مع تأخير سن الزواج.)، وتشجيع جميع أنواع العلاقات الجنسية خارج إطار الأسرة الشرعية(رجل وامرأة)، وتهميش دور الزواج في بناء الأسرة، إباحة الإجهاض. وتكريس المفهوم الغربي للأسرة، وأنها تتكون من شخصين يمكن أن يكونا من نوع واحد(رجل + رجل، أو امرأة + امرأة). وفرض مفهوم المساواة الشكلي المطلق، والتماثل التام بين الرجل والمرأة في كل شيء بما في ذلك الواجبات: كالعمل، وحضانة الأطفال، والأعمال المنزلية، وفي الحقوق كالميراث. و المطالبة بإلغاء التحفظات التي أبدتها بعض الدول الإسلامية على وثيقة مؤتمر بكين 1995م[1].

ثانياً- مؤتمر بكين +10نيويورك:

ينعقد مؤتمر "بكين +10" بنيويورك، قصد مُراعاة تنفيذ الدول لِمُقررات مؤتمر بكين 1995 للأسرة بعد 10 سنوات، وسط مخاوف أنصار الأسرة من استغلال هذه الدورة في تكريس مفاهيم زواج الشواذ، والحق في الإجهاض، وإغفال الخصوصية الثقافية للمجتمعات. وقد افتتحت فعاليات "بكين +10" الإثنين 2005/02/28 في نيويورك وتستمر حتى2005/03/11[2]. ويتضمن برنامج عمل "بكين+10" محورين جوهريين:

أولهما: استعراض تنفيذ إعلان وبرنامج عمل "بكين"، من خلال تقييم التقارير الوطنية للدول الأعضاء حول معالجة قضايا عدة (الفقر، والتعليم، والتدريب، والصحة،

1- رشا عرفة، المُؤتمرات الدولية والمرأة المسلمة..تعدد الصياغات والهدف واحد، شبكة رسالة الاسلام، بتاريخ:2010/10/29. http://woman.islammessage.com

2- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، بكين+10 مخاوف على الأسرة. http://www.iicwc.org

والعنف، والنزاع المسلح، والاقتصاد، وصنع القرار، والآليات المؤسسية، وحقوق الإنسان، والإعلام، والبيئة، والطفلة الأنثى).

وثانيهما: مناقشة التحديات الراهنة والاستراتيجيات التطلعية للنهوض بالمرأة والفتيات. وسيتم مناقشة عدد من القضايا في إطار هذا المحور الأخير، من أهمها: دعم تنفيذ الدول في إطار سيادتها الوطنية لإعلان "بكين" واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[1].

ثالثاً- "بكين+15" نيويورك 2010:

عُقد مؤتمر "بكين +15" في الفترة من 1إلى12 مارس 2010م، بمناسبة مرور خمسة عشر عام على المُؤتمر العالمي الرابع للمرأة ببكين 1995، حيث تمَّ في بدايته اعتماد الإعلان السياسي من قبل لجنة مركز المرأة، والذي تتعهد فيه جميع الوفود الرسمية بالتطبيق الشامل لاتفاقيات المرأة، وفي مقدمتها اتفاقية سيداو.

ولقد حرص مؤتمر "بكين+15" على تجسيد الدول لبعض النقاط منها:

1-الإصرار على تطبيق مساواة الجندر، الذي يعني إلغاء كافة الفروق بين الرجل والمرأة، كما يشمل الاعتراف بالشواذ ومنحهم كافة الحقوق من باب المساواة، وإدماج منظور الجندر في التعليم من خلال برامج تعليم الجنس التي تشمل الممارسات الشاذة باعتبارها آمنة.

2-اعتبار اتفاقية سيداو الإطار العام لتعريف حقوق الإنسان للمرأة، والمطالبة الصريحة والملحة بالتساوي المطلق في التقنينات الخاصة بالأسرة في الزواج، والطلاق، والميراث، وجميع الأحكام المتعلقة بالأسرة. و تُعد هذه المطالبة وسيلة ملتوية للالتفاف على التحفظات السابقة التي وضعتها الدول بعد مصادقتها على اتفاقية سيداو

3-الإلحاح الشديد على ضرورة تقديم خدمات الصحة الإنجابية للمراهقين، حيث تشمل

1- نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص.194.

التدريب على استخدام وسائل منع الحمل، وتوفيرها لهم بالمجان أو بأسعار رمزية، ومن ثمَّ تقنين الإجهاض للتخلص من الحمل غير المرغوب فيه.

4-الإستنكار الشديد لاختصاص المرأة برعاية المنزل والأطفال والزوج، وتسميته بالتقسيم الجندري للعمل داخل الأسرة، والمطالبة بالقضاء عليه، وذلكَ تحت ذريعة ارتباط المرأة بالفقر عند قيامها بهذه الأدوار غير مدفوعة الأجر، في حين أنَّ الرجال يعدون أغنياء لقيامهم بأعمال مدفوعة الأجر[1].

وفي نفس السياق، لقد رأت منظمة العفو الدولية أن مراجعة وتقييم إعلان ومنهاج عمل بكين في مارس2010 والوثيقة الختامية لعام2000، فرصة لتقييم الإنجازات السابقة وللتصدي للتحديات المستمرة. وبهذا دعت جميع الحكومات إلى إعادة التأكيد على التزامها التام باحترام الحقوق الإنسانية للمرأة التي عبَّر عنها إعلان ومنهاج عمل بكين والوثيقة الختامية لعام 2000 ، وأُعيدَ التأكيد عليها في الإعلان السياسي لعام2005 . وبهذا تحث المُنظمة جميع الحكومات وغيرها من الفاعلين المعنيين على تنفيذ التوصيات التالية بصورة عاجلة وملحَّة:

1-التمييز القانوني: إلغاء جميع القوانين والسياسات التي تعيق مساواة المرأة مع الرجل أمام القانون، على أساس النوع الاجتماعي أو العمر أو اللغة أو الأصل الإثني أو الهوية أو الثقافة أو الدين أو الإعاقة، وإلغاء جميع القوانين والسياسات التي تعيق مساواة المرأة داخل العائلة أو تقوض حقوق النساء كضحايا للعنف بسبب النوع الاجتماعي بشكل خاص، وتغيير الممارسات العرفية وغيرها من الممارسات التي تقوم على فكرة تدني أو تفوُّق أي من الجنسين، أو على الأدوار النمطية للمرأة والرجل[2].

2-الحقوق الإنجابية: ضمان تمكين المرأة من اتخاذ القرارات المتعلقة بحياتها الجنسية

1- قمراء السبيعي، ماذا حدث في مؤتمر"بكين+15"، اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل. http://www.iicwc.org

2 - وسام حسام الدين الأحمد، المرجع السابق، ص193.

والإنجابية بشكل حر ومتبصر، وتمكين المرأة من الحصول على المعلومات والخدمات الخاصة بالصحة الإنجابية وصحة الأمومة.

3-الحقوق الجنسية :إتاحة وإدامة الظروف الضرورية لضمان تمكين جميع النساء من تقرير حياتهن الجنسية الخاصة، وتقرير هويتهن الجنسية بغض النظر عن الجنس الذي حُدد لهن عند الولادة، والعيش في أشكال متنوعة من الأسر، وممارسة استقلالهن في صنع القرار.

4-أهداف التنمية للألفية: مراجعة الخطط والسياسات الدولية والوطنية لإنجاز أهداف التنمية للألفية، وذلك لضمان اتساقها مع المعايير الدولية لحقوق الإنسان، وتجميع البيانات المفرَّقة(ولاسيما على أساس النوع الاجتماعي) ومراقبة تنفيذها لضمان أن تكون الجهود المتعلقة بأهداف التنمية للألفية موجهة نحو التصدي للتمييز وانعدام المساواة، وتعزيز آليات المساءلة الوطنية فيما يتعلق بالإيفاء بالتزامات حقوق الإنسان في الجهود المبذولة لتحقيق أهداف الألفية.

5- إنشاء كيان جديد خاص بالمرأة تابع للأمم المتحدة: إنشاء كيان جديد خاص بالمرأة تابع للأمم المتحدة، يتمتع بتغطية عالمية وبوجود قطري ضروري وسياسة قوية وصلاحيات برنامجية من أجل تحسين حياة النساء في سائر أنحاء العالم بصورة فعالة، وضمان تزويد الكيان الجديد بالموارد والموظفين والسلطات التي يحتاجها من أجل إحداث فرق حقيقي في حياة النساء في شتى بقاع العالم. وأن يعمل هذا الكيان تحت قيادة مساعد للأمين العام[1].

وكملاحظة على توصيات منظمة العفو الدولية، بخصوص بكين+15، يمكن القول أن المنظمة تنطلق من مبدأ عالمية وشمولية حقوق الإنسان، الأمر الذي يتعارض جملة وتفصيلا مع خصوصية وتنوع ثقافات الشعوب، لاسيما العربية

1- منظمة العفو الدولية، بكين+15 إحقاق حقوق المرأة، فبراير 2010، رقم الوثيقة: ACT 77/005/2010.

المسلمة. فالمواضيع الخاصة بالحقوق الإنجابية والجنسية للمرأة، لايمكن قبولها على صيغتها هاته على الإطلاق، لِمُخالفتها لنُظمنا القانونية وأخلاقنا وثقافاتنا المُحافظة[1].

وعلى العُموم فقد ترتب عن مؤتمر بكين+15 عدة آثار، أبرزها إنشاء هيئة الأمم المتحدة للمرأة، وهي هيئة منظمة الأمم المتحدة المعنية بالمساواة بين الجنسين وتمكين المرأة. والهيئة هي النصير العالمي الرئيسي لقضايا المرأة والفتاة، حيث أُنشئت لغرض التعجيل في إحراز تقدم فيما يتصل بتلبية احتياجاتهن على الصعيد العالمي.

وقد أُنشئت الأمم المتحدة للمرأة، بموجب قرار الجمعية العامة (A/RES/64/289) في جويلية 2010، في خطوة تاريخية للدول الأعضاء في الأمم المتحدة، لتكون هيئة جامعة في الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين وتمكين المرأة. حيث جاء في القرار:".. تقرر أن تنشئ، بموجب هذا القرار ، هيئة جامعة في الأمم المتحدة للمساواة بين الجنسين وتمكين المرأة تعرف باسم هيئة الأمم المتحدة للمرأة، تبدأ مزاولة مهامها في موعد أقصاه 01جانفي2011، وأن يجري ذلك بضم كل الولايات والمهام الحالية لمكتب المستشارة الخاصة للقضايا الجنسانية والنهوض بالمرأة، وشعبة النهوض بالمرأة في الأمانة العامة، وصندوق الأمم المتحدة الإنمائي للمرأة، ومعهد الأمم المتحدة الدولي للبحث والتدريب"[2].

وجاء إنشاء الهيئة كجزء من جدول أعمال الأمم المتحدة للإصلاح، من أجل جمع الموارد والولايات بما يكفل أثرا أكبر. ولذا ضمت الهيئة بذلك كل الولايات والمهام لأربع هيئات السابقة والتي كان محور عملها بشكل رئيسي يرتكز على المساواة بين الجنسين وتمكين المرأة.

1- طالبي سرور المل، عالمية حقوق الانسان والخصوصية العربية الاسلامية، مركز جيل للبحث العلمي، 2014/02/05، http://jilrc.com/ .

2- قرار الجمعية العامة رقم A/RES/64/289. في جويلية 2010.

كما قررت الجمعية العامة أن يكون إطار عمل الهيئة هو ميثاق الأمم المتحدة وإعلان ومنهاج عمل بكين، وصكوك ومعايير وقرارات الأمم المتحدة السارية التي تدعم المساواة بين الجنسين وتمكين المرأة والنهوض بها وتعالجها وتسهم في تحقيقها[1].

وخُلاصةً لِما سبق، يتبين لنا جلياً إزدواجية الأهداف التي تسعى هاته المُؤتمرات إلى تحقيقها على مستوى المرأة والأسرة، فالأهداف العلنية هي تحقيق المُساواة بين الجنسين في كافة المجالات. وهو أمر حسن نسبياً، لكن الأهداف الخفية لهاته المُؤتمرات وهي الحقيقية تَصُب في فرض النموذج الغربي لحقوق المرأة على الدول العربية والمسلمة، وحتى الدينية وعلى رأسها الفاتيكان، في إطار ما يُسمى بعولمة حقوق الإنسان.

فالدعوة إلى الإباحية الجنسية، وإباحة الاجهاض، والإعتراف بتعدد الأُسر، ورفض تعدد الزوجات مُقابل القبول بمؤسسات أخرى كالعقد المدني للتضامن، وزواج المثليين، وغيرها من التصرفات المُنافية لحقوق المرأة والإنسان، هو ما تسعى بعض المنظمات الحكومية وغير حكومية إلى فرض هاته النماذج على كافة الدول وخاصة العربية الاسلامية، عبر أجهزة الأمم المتحدة ووكالاتها . الأمر الذي يتوجب الحذر منه والتصدي له بكل الوسائل.

ولِمُواجهة أهداف هاته المُؤتمرات يتوجب التصدي لها من ناحيتين، النظرية والعملية[2]. فمن الناحية النظرية، يتوجب كشف حقيقتها للرأي العام الإسلامي والعالمي،

1- هيئة الامم المتحدة للمرأة. http://www.un.org/ar/aboutun/structure/unwomen/

2- خديجة كرار الشيخ الطيب بدر، المرجع السابق ، ص.20؛ ونُشير إلى ماجاء في مقال الاستاذ سعد بوعقبة:"...ويمكن أن نشير إلى الوثيقة السرية التي أعدتها مصالح السفارة الفرنسية بالجزائر تخص المحاور التي تعمل عليها السياسة الثقافية الفرنسية تُجاه الجزائر. وذكرت الوثيقةمن بين ماذكرت (أن برنامج الإشعاع الفرنسي في الجزائر ينبغي أن يركز على مسألة تحرير المرأة لما لهذه المسألة من أهمية في خلخلة أركان المجتمع القديم في الجزائر، وأن المرأة هي الكائن الجزائري القابل أكثر من غيره للعمل باتجاه نشر القيم الحضارية الغربية عن طريق وسائل الموضة، وتقنيات المطبخ) وذكرت الوثيقة(إنه من الواجب القيام بأعمال تخص التحرر الجنسي للمرأة،

وبيان مراميها، ومخالفتها لمقاصد الشريعة، وأنها أحد أذرعة العولمة المعاصرة ، وذلك من خلال وسائل الإعلام المختلفة(المقروءة، والمسموعة، والمرئية)، والندوات، والمحاضرات، وذلك من قبل الخُبراء والفنيين، والإعلاميين، والجمعيات النسائية.

أما من الناحية العملية، فيتوجب المشاركة الفعالة في هذه المُؤتمرات، وطرح البديل الإسلامي في المسألة للمركز القانوني للمرأة والأسرة وقوانين الاحوال الشخصية. وهو ما حصل في مؤتمر السكان والتنمية بالقاهرة1994، ومؤتمر المرأة الرابع في بكين 1995م ، حيث كان لِمُشاركة الوفود والهيئات الإسلامية دور واضح في رفض وتعديل بعض توصيات هذين المُؤتمرين[1].

وبعد دراستنا لمُساواة المرأة في الشرعة الدولية، والإعلانات والمواثيق الدولية، ثم المُؤتمرات الدولية وعلى رأسها مؤتمر بكين1995، سنحاول إلقاء الضوء على أهم اتفاقية تُعنَى بحقوق المرأة ومساواتها بالرجل، أَلاَ وهي اتفاقية إلغاء جميع أشكال التمييز ضد المرأة(سيداو)، وهذا في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

ماهية اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (سيداو) الصادرة عام 1979م. وهي أول إتفاقية صادرة عن الأمم المتحدة المتعلقة بإلغاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة. وقد سبق هذه الاتفاقية تمهيد لها عُرف باسم إعلان القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة(1967)، وتبعها بروتوكول اختياري(1999) جاء لتغطية الثغرات التي وقعت فيها. وبهذا سنتناول مفهوم ومضمون الاتفاقية(المطلب

وأعمال أُخرى تخص قلب أوضاع الميراث ومسائل العصمة في الزواج والطلاق)"؛سعد بوعقبة، الشروق العربي، بتاريخ 19مارس1996. مُقتبس عن: عيسى جعنيط، المرجع السابق، ص.148.

1- عبد الكريم فؤاد بن عبد الكريم، العولمة الاجتماعية للمرأة والأسرة، موقع لها أون لاين، 2003/12/27، http://www.lahaonline.com

الأول)، ثم نُبين إختصاصات لجنة سيداو، على اعتبارها آلية مُراقبة خاصة بعد تعزيزها ببروتوكول1999(المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور الاتفاقية في تعزيز مُساواة المرأة

بعد التزايد المُستمر لقضية المرأة في أروقة الأمم المتحدة عبر وكالاتها المتعددة والمتخصصةفي الربع الأخير من القرن العشرين، إرتأت الهيئة أن تُنشأ معاهدة خاصة تُعنى بمسألة إنصاف المرأة ورفع كل ممارسات التمييز والإقصاء المُمنهج عليها من طرف الحكومات والدول، ألاَ وهي اتفاقية "إلغاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979". الأمر الذي من خلاله سنُبرِزُ تعريفها و خصائصها(الفرع الأول)، والأهداف التي تسعى الإتفاقية إلى تجسيدها، أي مضمونها(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم اتفاقية سيداو

ونقوم بتعريف اتفاقية سيداو(أولاً)، ثم بعد ذلك نعمل على تبيين خصائصها (ثانياً).

أولاً- تعريفها:

بدأت مُفوضية مركز المرأة في الأمم المتحدة بإعداد معاهدة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة فى عام 1973 م. وقد كان للمؤتمر العالمي الذي عقد بمناسبة السنة الدولية للمرأة في مكسيكو سنة 1975م أثره في التسريع في إعداد هذه الاتفاقية، إذ لاحظت خطة العمل الصادرة عن هذا المُؤتمر ضرورة إصدار اتفاقية تتعلق بإلغاء التمييز ضد المرأة مع إجراءات لتطبيقها[1].

هذا، وقد دخلت الاتفاقية حيّز التنفيذ في 3سبتمبر1981م، بعد تلقّي التصديقات العشرين اللازمة، وبعد أن تبنّتها الجمعية العامة في ديسمبر1979م، وفتح

1- نهى القاطرجي، قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بحث مقدم لمؤتمر " أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقات والإعلانات الدولية" جامعة طنطا-مصر، 7-9 أكتوبر2008م.

باب التوقيع عليها في01 مارس 1980م.

ولقد وافقت الجزائر على هاته الاتفاقية بموجب الامر رقم 96-03 المؤرخ في 1996/01/10 المتضمن الموافقة مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979 [1]. ثم بعد ذلك إنضمت إليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم96-51 المؤرخ في 1996/01/22 يتضمن إنضمام، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979[2]. كما انضمت جميع الدول العربية إلى الاتفاقية باستثناء السودان والصومال ، و كذلك انضم إليها بعض الدول الإسلامية وهي: باكستان، بنغلادش تركيا، ماليزيا وإندونيسيا . بينما رفض عدد من دول العالم التوقيع عليها ، ومن هؤلاء سويسرا، الولايات المتحدة الأمريكية، إيران، الكاميرون، أفريقيا الوسطى وليسوتو. وبحلول ماي 2009 صادقت أو انضمت إلى الاتفاقية 186 دولة كانت أحدثها قطر في 19 أبريل 2009[3].

وتبعاً لذلك تُعرف اتفاقية سيداو بأنها:"شرعة حقوق شاملة للمرأة، وهي تجمع مُختلف الشواغل والهموم التي تم تناولها بطريقة مُخصصة في مجمل منظومة الأمم المتحدة، وتخضع لِمُراقبة لجنة القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة، والتي تعمل من مقر الأمم المتحدة في جنيف، حيث تلتزم الدول الأطراف فيها برفع تقرير إلى اللجنة بعد مرور سنة على المُصادقة ثم بعده كل أربع سنوات"[4]. فهاته الإتفاقية تُعتبر الشرعة الدولية للمرأة، حيث تُنظم كافة المراكز القانونية الخاصة بها في جميع

1 –ج.ر03 المؤرخة في 1996/01/14. راجع الملحق2 فيما يخص التحفظات.

2 –ج.ر06 المؤرخة في 1996/01/24.

3 – رشدي شحاته أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي، ط1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الاسكندرية، 2009، ص.34.

4 – هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص.58.

المجالات، المدنية والسياسية، والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

إلا أن اللافت للإنتباه هو تعرض اتفاقية سيداو لوابل من التحفظات لم تَشهدها مواثيق الأُمم المتحدة الأخرى، فبلغ عدد الدول التي قدمت تحفظاتها عند التوقيع أو الانضمام أو المصادقة على الاتفاقية 55 دولة، من بينها إسرائيل وبريطانيا التي بلغ حجم تحفظاتها ثلاثة صفحات[1]. الأمر الذي يُستنتج منه مُخالفة بعض بنود الاتفاقية لحقوق المرأة الطبيعة. وكثرة هاته التحفظات وشموليتها دفعت بكل من إعلان فيينا لسنة1993، وإعلان وبرنامج عمل بكين1995 إلى حث الدول المتحفظة إلى مراجعة و سحب تحفظاتها على الاتفاقية. الأمر الذي لم يستجب له إلا عدد محدود من الدول لِتعلق المسألة بالنظام العام الداخلي لهاته الدول.

ثانياً- خصائص اتفاقية سيداو:

1-ترتكز اتفاقية سيداو على مبدأ المساواة بين الجنسين، فبذلك هي توسع نطاق تغطية حقوق الإنسان للمرأة.

2-تفرض الاتفاقية حقوق المرأة من خلال العملية التشريعية، أي بمعنى وجود وسيلة لِلمُساءلة بشأن ضمان هذه الحقوق.

3-تُقر الاتفاقية بأنه رغم منح الحقوق القانونية للمرأة في العديد من الدول، غير أن التمييز لازال قائماً بسبب العراقيل المُختلفة، لذا تتميز الاتفاقية بإنشاء جسر يربط بين الحقوق المدنية والسياسية من جهة، وتلك الاجتماعية والاقتصادية والثقافية من جهة أُخرى. وتقترح تدابير سياسية وقانونية وإنمائية، من أجل ضمان حقوق المرأة جميعها.

4-تتميز الاتفاقية بأنها تحمل في طياتها مبدأ إلتزام الدول بتغيير ديناميكية العِلاقة بين الدولة والمرأة، فلا يعود مصير المرأة رهناً بِجُهوزية الدولة أو استعدادها أو رغباتها

1 - نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الامم المتحدة، المرجع السابق، ص.205.

وتقلباتها، وإنما تنشأ علاقة جديدة تكون الدول فيها مسؤولة تُجاه المرأة وعاجزة عن التهرب من مسؤولياتها، وبالتالي فالدول مُلزمة نظرياً بتطبيق الاتفاقية.

5-يتم التركيز في المعاهدات الأخرى غير سيداو على الأفراد، في حين تركز سيداو على الأنظمة والأيديولوجيات والمؤسسات التي تُنكر على المرأة حقوقها[1].

6- تتميز سيداو بكونها سلطة عليا، وبذلك تطرح نفسها كبديل عن القوانين المحلية وناسخة لها ، ومن اخطر المواد التي تكرس هذا الأمر م 2 وم 29 من اتفاقية التمييز. فم 2 تشكل ببنودها حزمة أو منظومة تستدعى بعضها بعضًا، وتسلِّم بعضها إلى بعض، بل وتسد بعضها ثغرات بعض، وهو ما يجعل البعض يصفها بـ "م المنظومة". فهي تدعو إلى تعديل او الغاء القوانين المحلية واستبدالها بقوانين غير تمييزية، وهكذا تلغي الاتفاقية كافة المرجعيات التشريعة والدينية لتصبح هي المرجعية العليا. أما م 29 في إحدى بنودها فهي تنص على عرض الخلافات التي تنشأ من تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية على التحكيم أو على محكمة العدل الدولية في حالة عدم التوصل إلى اتفاق عبر التحكيم، وهذا الأمر يتعارض مع السيادة الوطينة وعدم تدخل أي طرف خارجي في الشؤون الداخلية للدول[2].

إذن كانت هذه أهم الخصائص والمُميزات التي انفردت بها اتفاقية سيداو، في تناولها لِمُكافحة كافة أشكال التمييز والإقصاء ضد المرأة، عن غيرها من المواثيق.

الفرع الثاني

مضمون اتفاقية سيداو

تتألف الاتفاقية من ديباجة وثلاثين مادة تشكل شرعة دولية لحقوق المرأة، وهي تدعو إلى مساواة المرأة مع الرجل في حق التمتع بجميع الحقوق المدنية والسياسية

1 - هالة سعيد تبسي، المرجع السابق، ص59،60.

2- نهى القاطرجي، قراءة إسلامية ، المرجع السابق، ص.29.

والاقتصادية والاجتماعية والثقافية. كما تدعو إلى تنمية كاملة وتامة تؤدي إلى رفاه المرأة، كما أنها تربط بين قضية السلام وبين مشاركة المرأة على قدم المساواة مع الرجل في جميع الميادين.

عِلاوة على ذلك، تتناول الاتفاقية المعاملة التمييزية ضد المرأة في القانون والأنماط الثقافية، وحرمان المرأة في المشاركة في الحياة العامة، و عدم المساواة في فرص التعليم والعمل، والتمييز ضد المرأة في توفير الرعاية الصحية والمشاكل الخاصة بالمرأة في إطار الفقر.

وتُبين الاتفاقية في قسمها الأخير ماهية التدابير الواجب اتخاذها لضمان تمتع المرأة بالحقوق العائدة لها، وتضع آلية للإشراف على التزامات الدول الأطراف. وتتكون الاتفاقية من ديباجة و ستة أجزاء[1].

أولاً-الجزء الأول : التعريفات والتدابير:

يتألف الجزء الأول من ست مواد سنعالجها ونبدي أهم مُلاحظاتنا عليها.

فتُعنى م1 من الاتفاقية بتعريف مفهوم التمييز والذي يتعلق بالتفرقة بين المرأة والرجل في حقوق الإنسان والحريات الأساسية في جميع الميادين المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ومن الملاحظات الأساسية على هذه م مفهومها للمساواة بين المرأة والرجل الذي يتنافى مع النظرة الإسلامية، حيث يقول تعالى:"وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ

1- الملحق 1 نص اتفاقية سيداو.

وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"[1]، فالله تعالى لم يخلق زوجاً واحداً، بل زوجين مختلفين، وهذه الحقيقة الكونية وردت في قوله تعالى:"وَمِنْ كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ"[2].

كما أنه من غير المعقول أن الرجل والمرأة سواء في جميع الحقوق وجميع الواجبات، ذلك أن الطبيعة لا تُنشئ جنسين مختلفين لتكون لهما صفات الجنس الواحد ومؤهلاته وأعماله، وغايات حياته[3]. وفي هذا يُشير الباحث الأمريكي"ستيفن غولدبيرغ" في كتابه"حتمية النظام الأبوي" المنشور سنة 1977 إلى أن:"تباين الرجل عن المرأة في المجتمع ليس بسبب ضغوط اجتماعية في واقع الأمر، بل الفروق الطبيعية الأساسية بين الجنسين هي الأسباب الحقيقية...وهذا لا يعني أن الرجل أفضل من المرأة، بل يعني فقط أن الرجل يختلف عن المرأة"[4].

يُضاف إلى هاته المثالب على م1، كونها لم تُشِرْ إلى واجبات المرأة فهي تقرر الحقوق فقط، وهذا حتى يتسنى تأييد النساء المُفرط لها[5].

أما م2 من الاتفاقية فتشكل جوهر الاتفاقية وموضوعها وغرضها الأساسي، حيث تتكون من سبعة بنود، وتتضمن في طياتها وسائل القضاء على التمييز ضد المرأة، حيث تطلب من الدول الأعضاء إصدار تشريعات وتنظيمات من شأنها العمل على إزالة التمييز ضد المرأة في كافة المجالات، سواء كانت هذه التشريعات صادرة عن الدول أو ناتجة عن تقاليد أو أعراف، بما في ذلك قوانين الأسرة، ومنها أحكام إبرام عقد

1- سورة الذاريات، الآية 49.

2- سورة البقرة، الآية 228.

3- نقلاً عن: عبد الكبير العلوي المدغري ، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، ط1، مطبعة فضالة ، المغرب، 1999، ، ص.35.

4- نقلاً عن: عبد الكبير العلوي المدغري ، المرجع السابق، ص.155.

5- حمزة سلامة نهار الغرير، اتفاقية سيداو في ضوء الشريعة الاسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن،2011، ص.12.

الـزواج، والعمـل علـى فـرض هـذه القـوانين بـالقوة عـن طريـق فـرض العقوبـات علـى المخالفين، وإتاحة المجال أمام المرأة لتقديم الشكاوى في حال وقوع التمييز ضدها[1].

فالمُلاحظ أن هذه م تعمل على كافة المستويات الممكنة، مثل: مستوى الدستور أو القانون، مستوى الممارسة، الواقعية، مستوى الدولة ومؤسساتها، مستوى المجتمع بتكويناته وقواه وهياكله، مستوى المؤسسات العامة أو المنظمات، مستوى الأفراد، مستوى الجانب الإيجابي (سَن تشريعات)، ومستوى الجانب السلبي (حظر تشريعات).

و تتكامل هذه المادة مع سابقتها، في أن الاتفاقية تعمل بالتدريج، أي تنتقل من نطاق إلى نطاق بتدرج ونظام، وذلك على مستويين، أولهما: تعديل أية تشريعات تعتبر تمييزية (من وجهة نظر الاتفاقية). وثانيهما :إلغاء جميع أحكام قوانين العقوبات الوطنية المتعارضة معها، باعتبار الاتفاقية ناسخة لغيرها من التشريعات والتنظيمات.

يُضاف إلى ما سبق، كون الاتفاقية تشكل ببنودها حزمة أو منظومة مترابطة ومتلاحمة، بما يُحكم الخناق حول الدول و الحكومات لإجبارها على تغيير كافة تشريعاتها الوطنية بما يحقق المساواة المطلقة بين الرجل والمرأة[2].

وتتجلى خطورة هذه المادة في فرض ثقافة العولمة، واعتبار الاتفاقية المرجع الوحيد للدول في قضايا المرأة، ورفض الاختلاف التشريعي والقانوني لكثير من الدول، بما فيه خصوصية قوانين الأحوال الشخصية. مع أن هذا الإلزام يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة نفسه الذى ينص على احترام التنوع الثقافي والديني للدول والأمم[3]. ولذلك لقت هاته المادة العديد من تحفظات الدول حتى غير العربية المسلمة.

1- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.78.

2- منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص270،269.

3- رؤية نقدية من منظور شرعي لاتفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة ،اللجنة الاسلامية العالمية للمرأة والطفل./http://www.iicwc.org

والجدير بالإشارة إلى أن م3 منها أكدت على ضرورة اتخاذ الدول الأطراف كل التدابير، بما في ذلك التشريع، من أجل ضمان المساواة بين المرأة الرجل في المجالات المدنية والسياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وضمان ممارسة المرأة لحقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل.

وتُضيف هاته المادة التركيز على الحريات إلى جانب الحقوق. غير أن الاتفاقية لم تبين حدود الحرية في معناها العام. فهذه المصطلحات المأخوذة أصلاً من الفكر الغربي والتي قد تصل لدرجة إطلاق العنان للغرائز والأهواء التي تقرّب الإنسان من البهيمية من جهة، والتي يمكن أن تكون من جهة اخرى على حساب حقوق الآخرين، وخاصة حقوق الأسرة التي تقع مسؤولية المحافظة عليها على المرأة بالدرجة الأولى[1].

وتتضمن م4 منها التدابير الخاصة بالتعجيل والإسراع في تحقيق مساواة المرأة،

وذلك من خلال اللجوء إلى استعمال الإجراءات الإيجابية، والتي يُطلق عليها "الإجراءات الخاصة، العمل الإيجابي، الإجراءات الإيجابية، التمييز المُخالف، التمييز الإيجابي". ويُراد بالإجراءات الإجابية حسب لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة "مجموعة عريضة من الأدوات التشريعية والتنفيذية والإدارية، والسياسات والممارسات، مثل برامج الدعم، إعادة توزيع الموارد، المعاملة التفضيلية ونظام الحصص، الهادفة إلى الإسراع بالمشاركة المتساوية للنساء في المجالات السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، الثقافية، المدنية "[2].

إن اقرار مثل هذه الاجراءات التميزية يتنافى مع جوهر الاتفاقية التي تمنع اتخاذ أي اجراء تمييزي ضد المرأة، ولكنه هنا يفتح الباب على مصراعيه أمام اتخاذ

1- نهى القاطرجي، قراءة إسلامية ، المرجع السابق، ص.7.

2- لجنة سيداو ، الدورة السابعة، 1988، التوصية العامة رقم 5 وثيقة الأمم المتحدةA/43/38 . www1.umn.edu/humanrts/arabic/cedaw.

بعض الإجراءات التي تميز المرأة على الرجل، مما قد يؤدي إلى توسيع الهوة بين حقوق المرأة وحقوق الرجل[1].

وعليه، يتوجب على الدول بموجب م4 إنشاء مؤسسات تتكفل بإعداد وتنفيذ ومراقبة وتقييم ودعم مثل هذه الإجراءات الإيجابية، كالوزارات، والمصالح الرئاسية التي تعنى بشؤون المرأة، أو مراكز متخصصة تعنى بإعداد برامج خاصة بوضع استراتيجيات متعلقة بوضع المرأة. وتستعين الدول بآراء واستشارات المجتمع المدني، والمنظمات غير الحكومية التي تمثل المرأة. [2]

وتهدف م5 منها إلى تعديل الأنماط الاجتماعية والثقافية لدور كل من الرجل والمرأة . ويقصد بالدور النمطي للمرأة، دور الأم المتفرغة لرعاية أطفاله فالأمومة بنظر الاتفاقية ليست دورًا لصيقًا بالمرأة اقتضاه تكوينها البيولوجي والنفسي، بل هي وظيفة اجتماعية يمكن أن يقوم بها أي شخص، حتى أنها لا تختلف عن سائر الأعمال المنزلية غير المربحة التي تعتبر أدواراً نمطية وتقليدية وأعراف يجب تغييرها. لذا نادى تفسير الأمم المتحدة للاتفاقية بضرورة وضع نظام إجازة للآباء لرعاية الأطفال حتى تتفرغ الأم لمهمتها الأساسية وهي العمل بأجر خارج مسكن الزوجية[3].

ومن ثَمَّ، فهناك إمكانية واسعة لتبادل الأدوار، واعتبار الأدوار مُحايدة، أي غير مرتبطة بجنس،أي أن الرجل ليس رجلاً لأنه خُلق كذلك، وأن المرأة ليست امرأة لأنها خُلقت كذلك، بل لأن التنشئة الاجتماعية هي التي تجعل ذلك رجلاً، وتلك امرأة.

1- رؤية نقدية، اللجنة الاسلامية العالمية للمرأة والطفل./http://www.iicwc.org

2- أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة، المرجع السابق، ص.117.

3- نهى القاطرجي، قراءة إسلامية المرجع السابق، ص.7.

وهذه كلها مفاهيم مغلوطة وغير حقيقية، وتتنافى مع الطبيعة التكوينية الخلقية لكل من الرجل والمرأة، التي يستحيل تغييرها أو تجاهلها[1].

وفي هذا الإطار، تؤكد الرؤية النقدية أن تمايز كل من الرجل والمرأة بخصائص وملكات، وقدرات بدنية ونفسية معينة لا تجعل أحدهما أعلى شأنًا من الآخر، ولكنه منوط بصلاحيته لأداء وظائف حياتية وحيوية معينة لا يستطيع الآخر القيام بها، وهي سنة الله في البشر كافة، حتى بين الرجال وبعضهم، والنساء وبعضهن[2]، مصداقاً لقوله تعالى ﴿وَلَا تَتَمَنَّوْا مَا فَضَّلَ اللَّهُ بِهِ بَعْضَكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبُوا وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا اكْتَسَبْنَ وَاسْأَلُوا اللَّهَ مِن فَضْلِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا ﴾[3].

وتتضمن م6 التدابير الخاصة بمنع الإتجار بالمرأة جسدياً، وذلك من خلال حظر استغلال المرأة جنسياً واعتبارها مجرد سلعة تسوق لها الشركات في الإعلانات التجارية، وحظر كل أشكال بيع النساء أو شراء المتعة منهن بالمال أو إجبارهن على ممارسة الفاحشة والزنا. ويتوجب على الدول جراء ذلك إصدار القوانين المناسبة التي تمنع هذا الاستغلال، خاصة تلك التي تتعلق بالفساد الإعلامي ومنع الابتزاز الجنسي[4].

وهذا الأمر لم تُلاحظه اتفاقيات الأمم المتحدة التي لا تعتبر الزنا أمراً مُشيناً على المرأة إلا في حالة حصل الأمر بالإكراه. أما إذا حصل الأمر برضى الطرفين، فهو حق مشروع ومطالب به لتعلقه بالحرية الشخصية للأفراد، والتي تحرص مثل هذه

1- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.126.

2- رؤية نقدية، اللجنة الاسلامية العالمية للمرأة والطفل./http://www.iicwc.org

3- سورة النساء، الآية 32.

4- ونظراً لعدم علاقتهما بالموضوع لم نعرج على الجزء الثاني الذي يتضمن الحقوق السياسية للمرأة (المواد7،8،9)، والجزء الثالث المتضمن حق التعليم والعمل للمرأة(10،11،12).

الاتفاقيات على حمايتها من جهة، ولكونه يساعد على منع الزواج المبكر الذي تدعو الاتفاقية إلى تجنبه من جهة أخرى[1].

هذا ويتبين لنا مُساهمة اتفاقية سيداو في الدعوى إلى سلوك الزنا بإجازتها لِلقُصر وصِغَار السن حقهم في ممارسة الحرية الجنسية من غير وصاية أو رقابة الأهل عليهم، وحمايتهم عند حالات الحمل غير المرغوب فيها، وغيرها من التصرفات المُنافية للأخلاق والدين.

وبهذا نكون قد تعرفنا على أهداف اتفاقية سيداو في جزءها الأول، وبالخصوص م2 التي تُعد جوهر ومضمون الاتفاقية. لِنتناول في الجزء الرابع المساواة في الأهلية القانونية[2].

ثانياً- الجزء الرابع : المساواة في الأهلية القانونية

ويتكون هذا الجزء من مادتين 15و16من الاتفاقية، حيث تضمن حث الدول الأطراف على مساواة المرأة في الأهلية القانونية في جميع التصرفات القانونية التي تمارسها، بصفة عامة، كما تستمر هاته المُساواة في عقد الزواج وآثاره من غير قيد أو إكراه.

فالمرأة في الشريعة الإسلامية منذ أربعة عشر قرنًا لها ذمة مالية مستقلة تماماً عن ذمة الرجل، وأهلية كاملة لا تقل عن أهلية الرجل شيئًا، فلها حق تملك جميع أنواع الأموال من عقارات ومنقولات كالرجل سواء بسواء، ولها حق التصرف بمختلف أنواع التصرفات المقررة شرعاً فيما تملكه، فلها أن تبيع وتشتري، وتقايض وتهب وتوصي، وتقرض وتقترض، وتُشارك وتُضارب، وتوقف وترهن وتؤجر...، وتصرفاتها نافذة بإرادتها المنفردة، ولا يتوقف شيء من ذلك على إرادة ورضا الزوج أو الأب أو الأخ.

1- نهى القاطرجي، قراءة إسلامية ، المرجع السابق، ص.8.

2- نهى القاطرجي، قراءة إسلامية ، المرجع السابق، ص.8.

أمَّا عن من م4/15[1] من الاتفاقية فتعتبر مُتعارضة مع قيم الشريعة الاسلامية، ذلك أنه لا يُمكن للمرأة أن تُسافر بكل حرية عن زوجها أو أهلها إلا بضوابط حددتها الشريعة حِفاظاً على الزوجة وأسرتها معاً، كما لا يُمكنها السكن في مسكن مستقلة عن زوجها كما هو الحال في بعض الدول الأروبية، بل يوجد في قيمنا ما يُسمى بـ"مسكن الزوجية" تُقيم فيه الأسرة مُجتمعة بكل أفرادها الزوجين والأبناء[2].

ولقد كانت الجزائر مُتحفِّظَة على هاته الفِقرة، لِكنّها سحبت هذا التحفظ لأسباب ذكرتها في تقريرها.

وفيما يخص م16منها والتي تُعد جوهر ومضمون الاتفاقية، فقد تضمنت مساواة المرأة في اختيارها لزوجها من خلال الحرية التامة في إنشاء عقد زواجها من غير وِصاية أوولاية عليها، والمساواة المُطلقة في وضع حد لهذا العقد بإرادتها المنفردة. الأمر الذي ترتب عنه عديد من تحفظات الدول على هاته المادة بما في ذلك الجزائر، على الرغم من كونها تُكون رفقة م2 جوهر ومضمون الاتفاقية.

وفي هذا الخصوص أصدرت لجنة سيداو التوصية العامة رقم 21 المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، حيث جاء فيها:" 40- بالنظر إلى مكانة المرأة في الحياة الأسرية، تود اللجنة التأكيد على أن لأحكام التوصية العامة 19 (الدورة الحادية عشرة) المتعلقة بالعنف ضد المرأة أهمية كبرى في تمكين المرأة من التمتع بالحقوق والحريات على قدم المساواة مع الرجل. وتحث اللجنة الدول الأطراف على الاستجابة لتلك التوصية العامة حتى تضمن عدم تعرض النساء في الحياة العامة والحياة الأسرية للعنف القائم على نوع الجنس الذي يعوق إلى حد خطير قدرتهن على ممارسة حقوقهن وحرياتهن كأفراد. 41-لاحظت اللجنة بانزعاج كثرة الدول الأطراف التي أدخلت

1- تنص م4/15:"تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالقانون المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم".

2- رؤية نقدية،المرجع السابق،/http://www.iicwc.org

تحفظات على م16كلها أو جزء منها، ولا سيما عند قيامها أيضا بإبداء تحفظات على م2، مدعية أن الامتثال يمكن أن يتعارض مع رؤية عامة للأسرة تتبني ضمن جملة أمور على المعتقدات الثقافية أو الدينية أو على الوضع الاقتصادي أو السياسي للدولة.

42–وكثير من هذه البلدان يؤمن بالنظام الأبوي للأسرة الذي يحابي الأب أو الزوج أو الإبن. وفي بعض البلدان حيث شجعت الآراء الأصولية أو غيرها من الآراء المتطرفة أو الضائقة الاقتصادية على العودة إلى القيم والتقاليد القديمة، تدهورت مكانة المرأة في الأسرة تدهورا حادا. وفي بلدان أخرى يعترف فيها بأن المجتمع الحديث يعتمد في تقدمه الاقتصادي وفي تحقيق الصالح العام للجماعة على مشاركة جميع البالغين على حد سواء، بغض النظر عن نوع الجنس، جرى نبذ هذه المحرمات والأفكار الرجعية أو المتطرفة بصورة تدريجية.

44– وينبغي للدول الأطراف أن تنبذ بحزم أية أفكار تدعو إلى عدم مساواة المرأة بالرجل، وتقرها القوانين أو الشرائع الدينية أو القوانين الخاصة أو الأعراف وأن تسعى إلى الوصول إلى مرحلة تسحب فيها التحفظات وبخاصة على م 16.

46– ولا تزال قوانين بعض الدول تتضمن كثيرا من التدابير التي تميز ضد المرأة على أساس العرف والعادة والتحيز الاجتماعي و الثقافي. وهذه الدول، بسبب موقفها المحدد فيما يتعلق بهذه المواد، تجعل من الصعب على اللجنة أن تقيم وأن تفهم مركز المرأة.

47– وتطلب اللجنة، وبخاصة على أساس المادتين 1 و2 من الاتفاقية، أن تبذل تلك الدول الأطراف الجهود اللازمة لدراسة الحالة القائمة فعلا فيما يتعلق بهذه القضايا وأن تستحدث التدابير اللازمة في تشريعاتها الوطنية التي لا تزال تتضمن أحكاما تمييزية ضد المرأة.

49–ينبغي للدول الأطراف، حيثما اقتضى الأمر الامتثال للاتفاقية وبخاصة الامتثال للمواد 9 و15 و16، أن تسن تشريعات في هذا الصدد وتنفذها. تشجيع الامتثال للاتفاقية.

50-بالاستعانة بالتعليقات الواردة في هذه التوصية العامة، وحسبما تقضي به المواد 2 و3 و24، ينبغي للدول الأطراف أن تستحدث تدابير لتشجيع الامتثال الكامل لمبادئ الاتفاقية، لا سيما عندما يتعارض القانون الديني أو الخاص أو العرف مع تلك المبادئ"[1].

ويُمكن لنا نقد ماجاء في هذه التوصية، حيث تصف اللجنة تشريعات الأحوال الشخصية لبعض الدول بصفات دونية كالقيم والتقاليد القيمة، أو العرف والعادة. كما اشترطت تعديل القانون الديني عند تعارضه مع بنود الاتفاقية. وهي أمور تجاوزت فيها اللجنة خصوصية هاته الدول، وانتهكت أهم مبادئ الشرعة الدولية التي تُقرر وتُؤكد حق الدول في تقرير مصيرها في شتى المجالات، بما فيها الخصوصية القانونية والثقافية.

وفيما يلي سنتعرض في الجزء السادس والأخير من الإتفاقية، والذي يتعلق بالنفاذ والتوقيع والتحفظات، مُعالجين الجزء الخامس والمُتعلق بالهيكل الإداري (لجنة سيداو) في المطلب الثاني.

ثالثاً-الجزء السادس: النفاذ والتوقيع والتحفظ:

ويتكون هذا الجزء من ثمان مواد23-30، حيث اعتبرت م25 أن الإتفاقية مفتوحة لجميع الدول من أجل التوقيع عليها أو الأنضمام إليها. كما قررت م26 منها أنه يجوز

1- لجنة سيداو ، الدورة 13، 1992، التوصية العامة رقم 21 المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية. وثيقة الأمم المتحدةA/49/38 ..www1.umn.edu/humanrts/arabic/cedaw ؛ أنظر أيضاً: التوصية العامة رقم29: توصية عامة بشأن م 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية) (CEDAW/C/GC/29). حيث تتضمن أمور تنافي تماماً أحكام الأسرة الطبيعية، وتعترف بتعدد الأُسر حيث جاء فيها"مكن أن يختلف شكل الأسرة ومفهومها بين دولة وأخرى، بل بين منطقة وأخرى داخل الدولة. وأيا كان شكلها، وأيا كان النظام القانوني، أو الدين أو العرف أو التقاليد داخل البلد، يجب أن تتفق معاملة المرأة داخل الأسرة سواء من القانون أو في الحياة الخاصة مع مبدأي المساواة والعدل بين جميع الناس، كما اشترطت ذلك م 2 من الاتفاقية." وهو أمر جد خطير على ألأسرة الجزائرية المُحافظة.

لأية دولة أن تطلب إعادة النظر فيها، وهذا يخص الدول التي تريد سحب تحفظاتها، ويكون ذلك عن طريق إشعار كتابي يوجه إلى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة.

هذا، ويبدأ نفاذ اتفاقية سيداو في اليوم الثلاثين بعد تاريخ إيداع وثيقة التصديق أو الانضمام الدولة العشرين لدى الأمين العام لمنظمة الأمم المتحدة. حيث تم فتح باب التوقيع على الاتفاقية في الفاتح من مارس سنة 1980 ، ثم بعد ذلك دخلت الاتفاقية حيّز التنفيذ في3سبتمبر 1981م، بعد تلقّي التصديقات الـ20 اللازمة[1].

أما عن م28من الاتفاقية فقد تضمنت محور التحفظات، حيث أَوْجَبَت م على الدول الأطراف ألا تمس تحفظاتها بموضوع الاتفاقية وأغراضها. غير أن المُمارسة الفعلية أثبتت العكس. إذْ تُعتبر اتفاقية سيداو الصك الدولي الوحيد الذي عَرَف كم هائل من تحفظات أغلب الدول الموقعة أو المنضمة لها، الأمر الذي سنعالجه في هاته الدراسة في المبحث الموالي.

وفي حالة قيام نزاع حول دولتين طرف أو أكثر في الإتفاقية، حول تفسير أو تطبيق الإتفاقية، فإن التحكيم يُعد الآلية الأولى التي يلجأ إليها أطراف النزاع، فإذا لم يتم التوصل إلى حل خلال ستة أشهر، بإمكانهم عرضه على محكمة العدل الدولية كآلية ثانية. وهذا طبقاً للمادة 29 من الاتفاقية. ولقد لاقت هاته م عديد تحفظات بعض الدول بما فيها الجزائر. وفي الأخير اختتمت الإتفاقية بالنص على حجية نصوصها باللغات الست المعتمدة لدى الأمم المتحدة(م30).

وإذا كانت اتفاقية سيداو تحمل في طياتها أهداف نبيلة تُعنى بمساواة المرأة ورفع كل أنواع التمييز والإقصاء المُمارس عليها، فإنه تحمل أيضاً بعض المَخاطر التي تهدد كيان الأسرة بِرُمتها. ذلك أن الاتفاقية رغم نصها في م 17 على مراعاة مبدأ التوزيع الجغرافي العادل، وتمثيل مختلف الأشكال الحضارية، والنظم القانونية الرئيسية

1- رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص.34.

في العالم عند إنشاء لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، فإنها عمليًّا لم يتم تنفيذ ذلك؛ فالتناقض صريح بين النص على مراعاة الخصوصيات الحضارية والثقافية والقانونية، والنصوص التفصيلية التي تكرس معايير نمطية يراد فرضها على جميع البشر من دون مراعاة هذه الخصوصيات، ولعل هذا هو العيب المحوري في اتفاقية سيداو، حيث لم تعترف في فحواها على خصوصية بعض النُظم.

أيضاً يُؤخذ على سيداو الفردية، بمعنى النظر للمرأة كفرد، وليس كعضو في أسرة، ذلك أن الحضارة الأوربية تقوم على الفرد والفردية، وهذا ما يتعارض مع نظرية الإسلام الذي وإن اعترف للمرأة بما توجبه إنسانيتها من حقوق، فإنه لا يقوم- أصلاً- على نظرية الغاية الفردية، وله نظرة وسطية متوازنة بين الفردية والجماعية، ويحترم الفطرة الإنسانية التي فطر الله الناس عليها، وتظهر في مجال المرأة باعتبارها إنسانًا وأنثى، وأنها والرجل صِنوان في الحقوق الإنسانية العامة، وفي خطاب التكليف، وفي الثواب والعقاب، ووضَع قيمًا وضوابط وآدابًا لتنظيم العلاقة بينهما وضبطها[1].

ويُضاف إلى ماسبق، أن الاتفاقية تفرض مُصطلحات ومَفَاهيم لا يمكن إدراكها إلا في سياقاتها الغربية، ومن ذلك (مفهوم الأدوار النمطية، الجندر، التمكين، الصحة الجنسية، المتحدون والمتعايشون في الأسرة، تعدد أشكال الأسرة، التوجه الجنسي، عمل المرأة في المنزل غير المربح، حقوق المرأة كوالدة بغض النظر عن حالتها الزوجية)

وفي نفس السياق، نُؤيد ما ذهبت إليه نُهى القاطرجي في إشارتها إلى أن:"الهدف الأساسي لاتفاقية سيداو والمُؤتمرات الدولية هو فرض النموذج الاجتماعي الغربي على العالم تكملة للنجاح في فرض النموذج السياسي والاقتصادي، وهذه النماذج لا تُراعي في تشريعاتها القانونية اختلاف العقيدة أو تباين الثقافةبين

1- رؤية نقدية، المرجع السابق/http://www.iicwc.org

المجتمعات، بل هي تسعى لفرض نمط حضاري موحد على العالم تلتزم به الدول كلها"[1].

وتُضيف المحامية الأمريكية والأستاذة بجامعة "بريغهام يونق" ومديرة منظمة صوت الأسرة "كاثرين بالمفورت" القول بأنه:"...ولهاته الاتفاقية لجنة تحرسها وتسهر على متابعة الضغط على الدول لتوقيعها وتطبيقها، مستغلة في ذلك منظمات الحركة الأنثوية عالمياً. وعلى الرغم من عدم المُشاركة في وضعها، فإن عدداً كبيراً من الدول وقعت عليها دون الانتباه لِمُخالفة بنودها الصريحة للميثاق الدولي لحقوق الإنسان، ودون الانتباه لاستهدافها الخطير للأسرة والمرأة والعقيدة والأخلاق". وتواصل المحامية في كشف حقيقة سيداو القول:"تلجأ الأنثويات المتطرفات، ودُعاة تحديد النسل، ونُشطاء حقوق الشواذ الذين يشكلون جبهة مُعادية للأسرة الطبيعية، لكل الوسائل التي تمكنهم من فرض إرادتهم على الشعوب التي تدعم الأسرة الطبيعية، إنهم يستعملون أساليب غير ديمقراطية، وطرق نقاش غير عادلة، بل غالباً ما يلجأون للخِداع"[2].

وكأي اتفاقية أو معاهدة تحتاج اتفاقية سيداو إلى آلية تضمن لها التطبيق الواسع ما بين الدول، من خلال الرقابة والمتابعة. كانت هاته المكانزمة ممثلة في لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة، الأمر الذي سنتناوله في المطلب الثاني مُناقشين البروتوكول الاختياري الملحق بالاتفاقية سنة 1999م.

المطلب الثاني

لجنة القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة

ونستهل هذا المطلب بتحديد ماهية اللجنة(الفرع الأول)، ثم نُبين أهم أهداف البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة(الفرع الثاني).

1- نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص.236.

2- K.BALMFOTH, Human Right, paper presented to the world congress of familles,1999, p.1,2."، مُقتبس عن: خديجة كرار الشيخ، المرجع السابق، ص.321.

الفرع الأول

ماهية لجنة سيداو

ونُعالج تعريف لجنة سيداو (أولاً)، ثم نُبين كيفية تلقي تقارير الدول الأطراف من قبل لجنة سيداو (ثانياً)

أولاً- تعريف لجنة سيداو:

لأجل ضمان مُراقبة تنفيذ اتفاقية سيداو، وبيان طريقة عملها، وكيفية تقديم الدول لتقاريرها للأمين العام للأمم المتحدة، عما اتخذته من تدابير تشريعية وإدارية وقضائية وغيرها، أُنشئت لجنة القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة. وذلك بموجب م18 من اتفاقية سيداو، حيث تتكون من 23 خبيراً من الجنسين في مجال حقوق المرأة، يُنتخبون بالإقتراع السري من قائمة أشخاص تُقدمها الدول الأطراف في الإتفاقية، من ذوي الكفاءة العالية والمكانة الأخلاقية الرفيعة، على أن يُراعى في تشكيلها التوزيع الجغرافي العادل والأنظمة القانونية السائدة، والحضارات والثقافات المختلفة، يُنتخبون من قِبل الدول الأطراف في الاتفاقية[1].

ويعمل هؤلاء الخُبراء لِمدة أربع سنوات، لِيُعاد انتخاب خُبراء جُدد بنفس الطريقة. كما يَعمل هؤلاء الخُبراء بِصفاتهم الشخصية،لا مندوبين أو ممثلين عن دولهم، وبالتالي لا يُحاسبون عن موافقهم وآراءهم تُجاه حكوماتهم[2].

وللإشارة فقط، تُعد السيدة "مريم بلميهوب زرداني" الخبيرة الجزائرية العضو في اللجنة، حيث انتهت مدة عُضويتها في 31ديسمبر 2014. إلى جانب "نور الجهني"

1 – منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص.275.

2 – هالة سعيد تبسي ، المرجع السابق، ص138.

القطرية، و"نائلة جبر" المصرية، و"نهلة حيدر" اللبنانية، و"عائشة فريد أكار" التركية، وبقية الخبيرات العضو في اللجنة[1].

وعليه تهدف لجنة سيداو إلى الإشراف ومراقبة تطبيق اتفاقية سيداو من خلال الأخذ بالتقارير المقدمة من الدول الأعضاء وتتولى اللجنة الإشراف على مدى وفاء الدول الأطراف في تنفيذ كل من الاتفاقية والبروتوكول الاختياري وتقدم اللجنة التقرير السنوي إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة يشمل جميع مجالات نشاطها، وتقدم مقترحات وتوصيات عامة مبنية على دراسة التقارير والمعلومات الواردة من الدول الأطراف وتقوم اللجنة باعتماد توصيات عامة تلقى فيها مزيد من الضوء على الأحكام والقواعد الواردة على الاتفاقية والموضوعات ذات الصلة وتدعو اللجنة الوكالات المتخصصة إلى تقديم تقارير عن تنفيذ الاتفاقيـــة في المجالات التي تقع في نطـــاق أنشطتها [2].

ثانياً- تلقي تقارير الدول الأطراف من قبل لجنة سيداو:

أَلزمت كافة الإتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، الدول الأطراف على تقديم تقارير تُبرز فيها ما قامت به هذه الدول من إجراءات وطنية سواء كانت تشريعية أو غيرها لتطبيق الحقوق و الحريات المنصوص عليها في هذه الإتفاقيات فيما يتعلق بوضع المرأة[3].

وبالنسبة لإتفاقية سيداو التي تُعتبر الإطار الشامل الذي إحتوى على جميع حقوق المرأة بصفة خاصة فقد أكدت م 18 منها على إلتزام الدول بتقديم التقارير إلى لجنة

1 – اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأةwww.ohchr.org/AR/HRBodies/cedaw الملحق6.

2 – مروة معد، المساواة الدستورية و القانونية الكاملة للمرأة مع الرجل، الحوار المتمدن–العدد: 2924 – http://www.ahewar.org. 13:01 –2010/02/22

3 – علي يوسف، المرجع السابق، ص.77.

سيداو. وتختلف التقارير المقدمة إلى لجنة سيداو، وذلك للنظر وإبداء رأيها في هذه التقارير وكذا المدة الزمنية التي تُقدم فيها هاته الأخيرة[1].

وبهذا أُوصت لجنة سيداو في توصيتها الأولى على أنه:" ينبغي أن تغطي التقارير الأولية المقدمة بموجب م 18 من الإتفاقية الحالة القائمة حتى تاريخ تقديمها. وينبغي بعد ذلك تقديم التقارير مرة كل أربع سنوات على الأقل بعد حلول موعد التقرير الأول، على أن تشمل العوائق التي صودفت في التنفيذ الكامل للاتفاقية والتدابير المتخذة لتذليل هذه العقبات"[2].

أ- تقديم الدول الأطراف للتقارير

1-التقارير الأولية:

طبقاً لنص م 18/أ من الاتفاقية تلتزم الدول الأطراف في الإتفاقية بتقديم تقرير أولي إلى لجنة سيداو في غضون سنة واحدة من نفاذ الإتفاقية . وتعود أهمية هذه التقارير إلى أن تسمح بإيجاد تصور عام قانوني واضح لحقوق المرأة في هذه الدول. كما يُوحي تقديم التقارير إلى اللجنة عن حسن النوايا بالإلتزام بتقديم هذه التقارير، كما تُعد بمثابة الفرصة الأولى السانحة أمام الدولة الطرف لِمُوافاة اللجنة بمدى امتثال تشريعاتها وممارستها للأتفاقية[3].

وينبغي على الدولة أن تتناول بصفة شاملة جميع المواد الأساسية التي تحتويها الإتفاقية بما في ذلك الإطار الدستوري والقانوني وثيق الصلة بأحكام هذه المواد، وأن تبين التدابير التشريعية، أو القضائية، أو الإدارية، أو التدابير الأخرى التي إعتمدها الدولة لتفعيل أحكام الإتفاقية. كما يتعين على الدولة في تقريرها الأول أن تقدم إيضاحات كافية تتعلق بمكانة الإتفاقية بالنسبة للتشريع الداخلي، ودور المحاكم الوطنية في تنفيذ أحكامها، وكذلك تبيان الجهود التي بذلت من طرفها من أجل النشر والإعلام الواسع بالإتفاقية، وكذا

1 – منال فنجان علك، المرجع السابق، ص.133.

2 – لجنة سيداو، الدورة 5، 1986، التوصية العامة رقم 1 .www1.umn.edu/humanrts/arabic/cedaw.

3 – هالة سعيد تبسي، المرجع السابق، ص.149.

الجهود المبذولة لنشر الوعي في أوساط الفئات المكلفة بتطبيق القوانين للعمل في إطار الإلتزام الشامل بأحكام الإتفاقية[1].

وكما ينبغي أن تتضمن الوثيقة الأولية الخاصة بالاتفاقية بياناً للفروق أو الاستثناءات أو القيود التي تفرض على تمتع المرأة بكل حكم من أحكام الاتفاقية على أساس الجنس، وإن كانت ذات طابع مؤقت، بموجب القانون أو الممارسة أو التقاليد، وذلك مادامت هذه المعلومات غير واردة بالفعل في الوثيقة الأساسية المشتركة[2].

2-التقارير الدورية:

ينبغي للوثيقة اللاحقة الخاصة بالاتفاقية، التي تشكل مع الوثيقة الأساسية الموحدة تقريراً دورياً لاحقاً، أن تركز على الفترة ما بين النظر في التقرير السابق للدولة الطرف وعرض التقرير الجاري. كما ينبغي تنظيم الوثائق الدورية الخاصة بالاتفاقية بحسب مجموعات المواضيع الرئيسية (الأجزاء من الأول إلى الرابع) من الاتفاقية.

وفي حالة عدم توفر ما هو جديد للإبلاغ عنه في إطار أية مادة من المواد، ينبغي أن يذكر ذلك في التقرير. ويتوجب كذلك أن يكون هناك ثلاث نقاط للانطلاق على الأقل في مثل هذه الوثائق اللاحقة الخاصة بالاتفاقية:

1- المعلومات المتعلقة بتنفيذ الملاحظات الختامية (ولا سيما "الشواغل" و"التوصيات") على التقرير السابق وتفسير عدم التنفيذ أو الصعوبات التي صودفت.

2- قيام الدولة الطرف بفحص تحليلي يركز على النتائج للخطوات والتدابير القانونية الإضافية وغيرها من الخطوات والتدابير المناسبة المضطلع بها بغرض تنفيذ الاتفاقية؛

1 - منتصر سعيد حمودة، المرجع السابق، ص.276.

2 - هالة سعيد تبسي، المرجع السابق، ص.149.

3- المعلومات المتعلقة بأية عقبات متبقية أو ناشئة تعترض ممارسة المرأة لما لها من حقوق الإنسان وتمتعها بتلك الحقوق والحريات في المجالات المدني والسياسي والاقتصادي والاجتماعي والثقافي أو أي مجال آخر على أساس المساواة مع الرجل، فضلاً عن المعلومات المتعلقة بالتدابير المتوخاة لتجاوز هذه العقبات.

ويُضاف إلى هذا، أن تتصدى الوثائق الدورية الخاصة بالاتفاقية على وجه الخصوص للأثر الناجم عن التدابير المتخذة، وأن تحلل الاتجاهات على مر الزمن فيما يخص القضاء على التمييز ضد المرأة وكفالة تمتع المرأة تمتعا كاملا بما لها من حقوق الإنسان.

و كما ينبغي أن تتصدى الوثائق الدورية الخاصة بالاتفاقية أيضاً لتنفيذ الاتفاقية فيما يتعلق بمختلف المجموعات النسائية، وبخاصة المجموعات الخاضعة لأشكال متعددة من التمييز. و عندما يطرأ تغيير أساسي في النهج السياسي والقانوني للدولة الطرف بما يؤثر على تنفيذ الاتفاقية أو عندما تتخذ الدولة الطرف تدابير قانونية أو إدارية جديدة تستدعي إرفاق نصوصها بالتقرير وكذلك إرفاق نصوص القرارات القضائية أو القرارات الأخرى، ينبغي تقديم هذه المعلومات في الوثيقة التي تختص بها اللجنة[1].

3-التقارير الإستثنائية:

لا تؤثر المبادئ التوجيهية الحالية على إجراءات اللجنة فيما يتصل بأية تقارير استثنائية قد تكون مطلوبة والتي تكون محكومة بم 5/48 من النظام الداخلي للجنة ومقرريها 21 أولاً و31 ثالثاً (ح) بشأن التقارير الاستثنائية. وفي هذا تنص م5/48 من النظام الداخلي للجنة:" يجوز للجنة أن تطلب إلى دولة طرف تقديم تقرير على أساس

1. - Distr. GENERAL HRI/GEN/2/Rev.63 June 2009 ARABIC.

استثنائي. وتقتصر التقارير التي تطلبها اللجنة على أساس استثنائي على المجالات التي طلب إلى الدولة الطرف أن تركز اهتمامها عليها. ولا تقدم هذه التقارير بدلا من تقرير أولي أو دوري، ما لم تطلب اللجنة خلاف ذلك. وتحدد اللجنة الدورة التي ينظر خلالها في تقرير استثنائي"[1]. أي بمعنى عدم قَبول اللجنة للتقرير الاستثنائي من الدولة الطرف كبديل للتقرير الأولي أو الدوري.

وبعد أن تقوم الدول بالالتزام المنوط بها طبقاً لـ م18 من الاتفاقية، المتمثل في تقديم تقاريرها، يأتي دور اللجنة لتنظر في تقارير الدول.

ب – نظر اللجنة في التقارير

تعمد اللجنة[2]على أن يكون نظرها في التقرير المقدم إليها في شكل حوار بناء مع وفد الدولة الطرف بهدف تحسين تنفيذ الدولة الطرف للاتفاقية[3].

وبهذا، تقدم اللجنة مسبقاً، بناءً على جميع المعلومات الموجودة تحت تصرفها، قائمة بالقضايا والأسئلة المراد منها توضيح وإكمال المعلومات الواردة في الوثيقة الأساسية الموحدة والوثيقة الخاصة بالاتفاقية. ويطلب إلى الدولة الطرف أن تقوم، مسبقا وقبل ثلاثة أشهر على الأقل من انعقاد الدورة التي سيُنظر فيها التقرير، بإعداد ردود تحريرية على القائمة. وينبغي للوفد أن يأتي مستعدا للإجابة على الأسئلة الإضافية التي يوجهها خبراء اللجنة[4].

وعليه، يُستحسن لوفد الدولة الطرف أن يضم أشخاصاً قادرين، من خلال معارفهم وأهليتهم وموقع السلطة أو المساءلة الذي يحتلونه، على شرح كافة جوانب

1 – راجع النظام الداخلي للجنة في الملحق 5.

2 – راجع م51 من النظام الداخلي للجنة .

3 – هالة سعيد تبسي، المرجع السابق، ص153.

4 – نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الامم المتحدة، المرجع السابق، ص.229.

حقوق الإنسان للمرأة في الدولة المقدمة للتقرير، وقادرين على الرد على أسئلة اللجنة وتعليقاتها بشأن تنفيذ الاتفاقية[1].

وبعد النظر في التقرير، تعتمد اللجنة ملاحظاتها الختامية بشأن التقرير والمناقشة البناءة مع الوفد وتعمل على نشرها. وتدرج هذه الملاحظات الختامية في التقرير السنوي الذي تقدمه اللجنة إلى الجمعية العامة. وتتوقع اللجنة من الدولة الطرف أن تنشر هذه الملاحظات الختامية على نطاق واسع، بجميع اللغات المناسبة بهدف الإعلام والمناقشة على الصعيد العام بغرض التنفيذ.

الأمر الذي لم نُلاحظه على مستوى الدولة الجزائرية، فتقاريرها وملاحظات اللجنة حولها غير واسع الإنتشار على المستوى الوطني الداخلي.

ويجوز للجنة، وفقا لـ م1/21 من الاتفاقية، واستنادا إلى دراستها للتقارير والمعلومات الواردة من الدول الأطراف، أن تقدم توصيات عامة موجهة إلى جميع الدول الأطراف. كما يجوز لها أيضاً أن توجه إلى هيئات غير الدول الأطراف اقتراحات تضعها على أساس نظرها في تقارير الدول الأطراف[2].

وفي نفس الإطار، يجوز لِلّجنة، بعد النظر في تقرير الدولة الطرف، أن تقدم تعليقات ختامية على التقرير لغرض مساعدة تلك الدولة على تنفيذ التزاماتها بموجب الاتفاقية .ويجوز للجنة أن تدرج توجيها بشأن المسائل التي ينبغي أن يركز عليها التقرير الدوري التالي للدولة الطرف. وتعتمد اللجنة التعليقات الختامية قبل اختتام الدورة التي نظر خلالها في تقرير الدولة الطرف[3].

1 – منال فنجان علك، المرجع السابق، ص.133.

2 – راجع م52 من النظام الداخلي للجنة. الملحق5.

3 – راجع م53 من النظام الداخلي للجنة. الملحق5

وللإشارة فإن اللجنة غير مختصة بالحكم على شرعية أو عدم شرعية تحفظات الدول الأطراف، ذلك أن الجهة المختصة قانوناً لإبداء شرعية التحفظات من عدمها هي محكمة العدل الدولية. غير أن اللجنة تُمارس ضُغوطاً مستمرة في تجاوز خطير لها، على الحكومات من أجل رفع تحفظاتها أو من أجل التوقيع على البروتوكول الأختياري[1]. وفي هذا الإطار، إعترف الأمين العام للأمم المتحدة[2] بأن لجنة سيداو ليس لها صلاحية قبول أو رفض التحفظات، بحيث تقتصر مهامها فقط على دراسة تقارير الدول من أجل حثها على تحقيق الإلتزامات التي وافقت عليها.

ولِضمان مزيد من فعالية عمل لجنة سيداو لاحترام الدول الأطراف اتفاقية سيداو أصدرت الأمم المتحدة البروتوكول الاختياري المُلحق بالإتفاقية، والمتضمن إمكانية تظلم الأفراد مباشرة أمام لجنة سيداو، الأمر الذي سنُعالجه في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999

بعد مرور 20سنة من صدور اتفاقية سيداو أصدرت هيئة الأمم المتحدة صك إختياري مُلحق بهاته الإتفاقية كآلية تزيد من فعالية سيداو عند تنفيذها من قبل الدول الأعضاء. وعليه سنرى ماهية هذا الصك(أولاً)، ثم نُبين شروط النظر في شكاوى المُقدمة للجنة سيداو(ثانياً).

أولاً- ماهية البروتوكول الأختياري:

أُعتمد وعُرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4 الدورة الرابعة والخمسون بتاريخ 9 أكتوبر 1999. وبتاريخ 22 ديسمبر 2000 تم بدء نفاذ البروتوكول بمجردتصديق الدول التسعة الطرف في اتفاقية سيداو ،

1 – تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر ،المرجع السابق،ص 12،7.

2. – Distr. GENERAL E/CN.4/ SUB. 2/20/1996, 11/06/1996.

و ذلك وِفقاً لأحكام م 16 منه[1]. وفي جانفي 2008 بلغ عدد الدول المُصادقة على البروتوكول 90 دولة[2].

ويتكون البروتوكول من ديباجة و21 مادة، حيث جاء في ديباجته "إن الدول الأطراف في هذا البروتوكول، إذ تلاحظ أن ميثاق الأمم المتحدة يؤكد، مجددا، الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الإنسان وقيمته، وبالحقوق المتساوية للرجال والنساء، وإذ يلاحظ أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينادي بأن جميع البشر قد ولدوا أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق، وبأن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة فيه، دون أي تمييز من أي نوع كان، بما في ذلك التمييز القائم على الجنس، وإذ يعيد إلى الأذهان، أن العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، وغيرهما من الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، تحظر التمييز على أساس الجنس، وإذ يعيد إلى الأذهان، أيضا، أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ("الاتفاقية")، التي تدين فيها الدول الأطراف التمييز ضد المرأة بجميع أشكاله، وتوافق على انتهاج سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة بجميع الوسائل المناسبة ودون إبطاء. وإذ تؤكد مجددا تصميمها على ضمان تمتع المرأة، بشكل تام وعلى قدم المساواة، بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وعلى اتخاذ إجراءات فعالة لمنع أي انتهاكات لهذه الحقوق والحريات" [3].

فيتبين من خلال الديباجة أن الدول الأطراف في البروتوكول تُصِرُ على إيجاد أساليب وإجراءات أكثر فعالية لحث الدول الأطراف في اتفاقية سيداو على التجسيد الواقعي والفعلي لأحكام اتفاقية سيداو، وعدم الأكتفاء بالتنفيذ النظري والمتمثل في إصدار النصوص فقط. ويُقسم البروتوكول إلى ثلاثة أجزاء رئيسية هي: الإجراء

1 – النظام الداخلي للجنة سيداو (الملحق5). والبروتوكول 1999 (الملحق4).

2 – هالة سعيد تبسي، المرجع السابق، ص164.

3 – البروتوكول 1999 (الملحق4).

المعتمد للشكاوى (المواد 1-7). الإجراء المعتمد للتحري عن المعلومات (المواد 8-10). الأحكام الإدارية (المواد 11-21).

وتجدر الإشارة إلى أن الدول الأطراف في اتفاقية سيداو هي وحدها التي لها حق الأنضمام إلى البروتوكول، وعندما تصبح طرفاً فيه فإنها تُقر بولاية لجنة سيداو وسلطتها في مراجعة الحالات والقضايا التي يزعم اشتمالها على انتهاك لحقوق المرأة[1]. وقد بلغ عدد الدول الأعضاء بالبروتوكول الاختياري حتى غاية 10 فيفري2014، 104 دولة من أصل 187 دولة[2].

كما أنه لا يسمح بإبداء أي تحفظات على هذا البروتوكول. طبقاً للمادة 17 منه، الأمر الذي يترتب عنه عزوف كثير من الدول الأطراف عن الانضمام أو التوقيع أو التصديق للبروتوكول، فالتحفظ يمنح الدول في ممارسة حقها المتمثل في مبدأ الأمن القانوني. ونذكر هنا أن الجزائر لم تنضم للبروتوكول على الرغم من كونها دولة طرف في اتفاقية سيداو.

هذا، ويتضمن البروتوكول إمكانية إنسحاب الدول الأطراف فيه بكل حرية طبقاً لـ م19 منه التي تنص:"1- يجوز لأي دولة طرف أن تبدي رغبتها في نبذ هذا البروتوكول، في أي وقت، بموجب إشعار خطي موجه إلى الأمين العام للأمم المتحدة. ويسري مفعول الانسحاب من البروتوكول بعد ستة أشهر من تاريخ تلقي الإشعار من قبل الأمين العام .2- يتم نبذ هذا البروتوكول من دون المساس بأحقية استمرار تطبيق أحكامه على أي تبليغ قدم بموجب م الثانية، أو أي تحقيق بوشر فيه بموجب م الثامنة، قبل تاريخ سريان مفعول الانسحاب الرسمي."

فيتبين من خلال هذا النص إمكانية انسحاب الدولة الطرف بكل سهولة من

1 - هالة سعيد تبسي، المرجع السابق، ص165.

2 - معهد جنيف لحقوق الإنسان، http://gihr-ar.org/ar.

البروتوكول، وبذلك تتحلل من إلتزاماتها تُجاهه، بعد مرور مدة ستة (06) أشهر من تاريخ تلقي الإشعار من قبل الأمين العام للأمم المتحدة. غير أن التبليغات المُقدمة بموجب م 2 من البروتوكول، والتحقيقات التي باشرت فيه اللجنة، قبل بداية الانسحاب الرسمي من البروتوكول، تبقى سارية المفعول.

وعلى العموم فقد اشتمل البروتوكول على آليتين أساسيتين من خلالهما يمكن للفرد(المرأة على وجه الخصوص) القُدرة على الوصول إلى العدالة الدولية هما:

1- آلية منح المرأة أو الفرد إمكانية الحق في رفع شكوى أمام لجنة سيداو حول انتهاكات أحكام اتفاقية سيداو من قِبل حكوماتها. وهذا طبقاً لنص م2 من البروتوكول التي تنص على أنه:" يجوز تقديم التبليغات من قبل الأفراد أو مجموعات الأفراد، أو نيابة عنهم، بموجب الولاية القضائية للدولة الطرف، والتي يزعمون فيها أنهم ضحايا لانتهاك أي من الحقوق الواردة في الاتفاقية على يدي تلك الدولة الطرف. وحيث يقدم التبليغ نيابة عن أفراد أو مجموعات من الأفراد، فيجب أن يتم ذلك بموافقتهم، إلا إذا أمكن لكاتب التبليغ تبرير عمله نيابة عنهم من دون مثل هذه الموافقة". وغالباً ما يكون العمل بالنيابة من قِبل جمعيات أو منظمات حقوقية.

2- آلية حق اللجنة في توجيه الأسئلة حول الأنتهاكات الخطرة أو المستمرة لحقوق المرأة الإنسانية في الدول التي أصبحت عضو في البروتوكول الأختياري[1]. وهذا طبقاً لـ م8 من البروتوكول التي تنص:

"1- إذا تلقت اللجنة معلومات موثوقا بها تشير إلى حدوث انتهاكات خطيرة أو منهجية للحقوق الواردة في الاتفاقية، على يدي الدولة الطرف، فإن على اللجنة أن تدعو الدولة الطرف إلى التعاون معها في فحص المعلومات، وأن تقدم، لهذه الغاية، ملاحظات تتعلق بالمعلومات ذات الصلة .

2-يجوز للجنة، بعد أن تأخذ بعين الاعتبار أي ملاحظات يمكن أن تقدمها الدولة

1 – نهى القاطرجي، المرأة في منظومة الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص235.

الطرف المعنية، فضلا عن أي معلومات أخرى موثوق بها تتوفر لديها، أن تعين عضوا واحدا أو أكثر من أعضائها لإجراء تحقيق، ورفع تقرير عاجل إلى اللجنة. ويجوز أن يتضمن التحقيق القيام بزيارة إلى أراضي لدولة الطرف إذا تم الحصول على إذن بذلك، وبعد موافقة الدولة الطرف المعنية .

3- بعد فحص نتائج هذا التحقيق، تنقل اللجنة إلى الدولة الطرف المعنية هذه النتائج مقرونة بأي تعليقات وتوصيات .

4- يجب على الدولة الطرف المعنية أن تقدم ملاحظاتها إلى اللجنة في غضون ستة أشهر من تسلمها النتائج والتعليقات والتوصيات التي نقلتها إليها اللجنة .

5- يجب إحاطة هذا التحقيق بالسرية، وطلب تعاون تلك الدولة الطرف في جميع مراحل الإجراءات."

و المُلاحظ على النص هو أنه لا يمكن للجنة مباشرة التحقيق على أرض الدولة إلا بعد أخذ موافقتها وهو أمر إيجابي ومنطقي. كما يسمح التحقيق في الانتهاكات المنتشرة حين يعجز الأفراد أو المجموعات من تقديم الرسائل أو الشكاوى(لأسباب عملية أو بسبب الخوف من عمليات الإنتقام) [1].

ثانياً- شروط النظر في الشكاوى من قِبل اللجنة:

يُشترط لِقَبول شكاوى ورسائل الأفراد مجموعة من الشروط حددها البروتوكول، والنظام الداخلي له تتمثل في ما يلي:

1-إستنفاذ وسائل العدل المحلية (الوطنية): حيث اشترط م1/4 من البروتوكول، أن اللجنة لا تنظر في التبليغ إلا إذا تحققت من أن جميع الإجراءات العلاجية المحلية المتوفرة قد استنفدت، وما لم يتم إطالة أمد تطبيق هذه الإجراءات العلاجية بصورة غير معقولة، أو عندما يكون من غير المحتمل أن تحقق إنصافاً فعالاً.

1 - هالة سعيد تبسي، المرجع السابق، ص.180.

وعليه يتوجب على رافع الشكوى أن يتجه نحو العدالة المحلية، فإذا لم تنصفه، أو تبين أنها تعسفت في حقها تُجاهه، أمكنه التوجه صوب اللجنة.

2-لا تقبل اللجنة أي بلاغ إذا كان يتعلق بدولة ليست طرفاً في البروتوكول[1].

3- معايير عدم قبول الشكوى: لاتُقبل الشكوى في حالات معينة منها:

- إذا سبق للجنة دراسة المسألة نفسها، أو إذا جرت دراستها في الماضي، أو كانت قيد الدراسة حاليا، بموجب إجراء آخر من إجراءات التحقيق أو التسوية الدولية .

- إذا كانت غير متماشية مع أحكام الاتفاقية .- إذا اتضح أنه لا أساس له أو غير مؤيد بأدلة كافية .- إذا شكل ضربا من سوء استخدام الحق في تقديم تبليغ.

- متى كانت الوقائع موضوع الشكوى قد حدثت قبل بدء نفاذ هذا البروتوكول بالنسبة للدولة الطرف المعنية، إلا إذا استمرت هذه الوقائع بعد تاريخ النفاذ[2].

ونذكر هنا بعض الأمثلة عن بلاغات بعض الأفراد ضد بعض الدول:

-البلاغ رقم 2007/12 بموجب البروتوكول الاختياري.

-البلاغ رقم 2007/13 بموجب البروتوكول الاختياري ، ميشيل دايراس، ونيلي كامبو - ترومیل، وسیلفي دولانج، وفریدیریك ریمي - كریمیوه، ومیشلین زغواني، وإیلین موزار - فكار، وأدیل دوفرین - لوفرار ضد فرنسا.

-البلاغ رقم 2007/15 بموجب البروتوكول الاختياري ، السيدة زين زين زينغ ضد هولندا.

-البلاغ رقم 2010/27 بموجب البروتوكول الاختياري ، جانا موخينا ضد إيطاليا.

1 - م 3/56 من النظام الداخلي للجنة سيداو (الملحق5).

2 - م 4 من البروتوكول (الملحق4).

-البلاغ رقم 2010/26 بموجب البروتوكول الاختياري ، السيدة غوادالوبي هريرا ريفيرا ضد كندا[1].

وبهذا، نكون قد عالجنا مساواة المرأة في الشِرعة الدولية وبعض المواثيق والإعلانات الدولية، ثم درسنا أهم صك دولي عُني بشكل خاص بمسألة مساواة المرأة، أَلاَ وهو اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 . وتَبَعاً لِهذا سنحاول في الفصل الموالي دِراسة موقف المشرع الأُسري من اتفاقية سيداو. للوقوف على التدابير التشريعية التي اتخذها المشرع الأُسري من أجل تجسيد أكثر لِمُساواة المرأة.

1 – مكتبة حقوق الإنسان. http://www1.umn.edu/humanrts/arabic/cedaw.html

الفصل الثاني

التدابير التشريعية المُتخذة من الجزائر إثر سحبها لبعض تحفظاتها على اتفاقية سيداو

تسعى الدول العُظمى التي تتبنى الأنظمة القانونية الكُبرى إلى فرض أَنظمتها على بقية دول العالم. ففرنسا وألمانيا تسعيان لِفرض النظام اللاتينو–جرماني، وبريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية لِفرض نظام الكومنلاو أو ما يُسمى بالقانون العام المُشترك. وقد سعى مؤتمر باريس للقانون المقارن 1900م إلى توحيد كافة قوانين دول العالم، وهي الفكرة التي دعا إليها الفقيه "سالي". لكن فكرة الفقيه "لامبير" هي التي تُوج بها المؤتمر في الأخير لواقعيتها. فليس بالإمكان توحيد كافة تشريعات العالم عن طريق المقارنة. بل يمكن توحيد تشريعات الدول ذات العادات والتقاليد المُشتركة[1].

وبِظهور الأُمم المتحدة اليوم والوكالات المتخصصة التابعة لها، عادت أفكار الفقيه "سالي" من جديد؛ حيث تسعى الدول العظمى إلى فرض أنظمتها على بقية الدول عن طريق المعاهدات والمواثيق الدولية. حيث يُتوجب على هاته الدول الإنضمام والتوقيع على هاته المواثيق بدون تحفظ، حتى ولو كانت لا تتماشى وخصوصياتها الداخلية. ومن ثمَ يتوجب عليها حذف وإلغاء كل النصوص الداخلية المُتعارضة وهاته المواثيق، ذلك لِسموها دستورياً على هاته التشريعات.

وسنتناول في هذا الفصل مفهوم التحفظ، حيث نُناقش طبيعة التحفظات التي أبدتها الجزائر على إتفاقية سيداو(المبحث الأول)، وبعدها نُعالج بالخصوص سحب الجزائر لبعض تحفظاتها والآثار المترتبة عن ذلك(المبحث الثاني).

---

1 – عبدالسلام الترمانيني، القانون المقارن والمناهج القانونية الكبرى، ط2، جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص.177.

المبحث الأول

تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو

حفاظاً منها على هُويتها وإيديولوجيتها، قامت الجزائر بوضع تحفظات على اتفاقية سيداو على بعض النصوص التي لا تتماشى وخُصوصية المجتمع الجزائري. الأمر الذي من خِلاله سنعرف التحفظ ونحدد شروطه(المطلب الأول)، ثم نبين بدقة طبيعة التحفظات التي أبدتها الجزائر(المطلب الثاني)، وفي الأخير نُشير إلى بعض الإعتراضات التي أبدتها بعض الدول الأروبية على تحفظ الجزائر(المطلب الثالث).

المطلب الأول

مفهوم التحفظ

التحفظ يعد من المسائل المعقدة في الالتزامات الدولية في القانون الدولي، حيث اعتبرت لجنة القانون الدولي(CDI) أن التحفظ ذو طابع معقد[1]. وقد ثار جدل فقهي بين مؤيد ومعارض له. لما له من تأثير على تنفيذ كامل نصوص الاتفاقية[2]. ويعد التحفظ ظاهرة قانونية حديثة إلى حد كبير في مجال الحياة الدولية، بسبب التغيرات الدولية السريعة، وأيضاً مبدأ التساوي وحرية إرادة الدول في العلاقات الدولية. كما أن انضمام بعض الدول المتأخرة إلى المواثيق الدولية التي قد تبدي بعض التحفظات في عدة نقاط على نصوص لم تشترك في صياغتها[3].

الأمر الذي من خلاله سنقوم بتعريف التحفظ(الفرع الأول)، ثم نُبين شروطه(الفرع الثاني).

---

1 – حولية لجنة القانون الدولي لسنة 1993، المجلد الثاني، الجزء الثاني، الفقرة286.

2 – كرغلي مصطفى، التحفظ في ظل القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2006/2005، ص.19 وما بعدها.

3 – محمد سعادي، مفهوم القانون الدولي العام، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص.99.

الفرع الأول

تعريف التحفظ

يُعرف التحفظ بأنه "عمل إرادي من جانب واحد تتخذه الدول بمناسبة الإقدام على الإرتباط بإحدى المعاهدات، مستهدفة من ورائه الحد من آثار المعاهدة المعنية في مواجهتها باستبعاد بعض أحكامها من نطاق ارتباطها، أو إعطاء بعض الأحكام تفسيراً خاصاً يتجه نحو تطبيق مداها"[1]. ويُعرف بأنه"إعلان من الدولة المصدقة على اتفاق دولي معين على عدم ارتباطها بأحد أو بعض نصوص هذا الاتفاق أو تفسير هذا النص أو هذه النصوص بطريقة معينة تقبلها الدول الأخرى الأطراف في الاتفاقية"[2]. ويعرفه David Ruzié بأنه:"شرط من جانب واحد يرخص بمخالفة تنظيم تعاهدي فهو يسمح بإقصاء أو تغيير الأثر القانوني(تفسير خاص) لبعض الأحكام تُجاه دولة معينة، بتحديد امتداد الالتزامات المنبثقة عن المعاهدة"[3].

وتعرفه الجمعية العامة من خلال قرارها رقم 478 لسنة 1950 بأنه:"خطاب صادر بإرادة منفردة من الدول وبصورة مكتوبة عند التوقيع على الاتفاق أو التصديق عليه بهدف التخلي عن الآثار القانونية الناجمة عن تطبيق أحكام محددة من المعاهدة أو تبديلها فيما يتعلق بالدولة التي أودعت هذه التحفظات".

وعرفته المادة 1/2-ا من اتفاقية فيينا للمعاهدات لسنة1969بأنه:"ويُراد بتعبير التحفظ إعلان من جانب واحد أياً كانت صيغته أو تسميته، تصدره دولة ما حين توقع معاهدة أو تصدقها أو تقبلها أو تقررها أو تنضم إليها، مُستهدفة به استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة في تطبيقها على تلك الدولة". فمن خلال هذا النص يتبين أن العبرة ليست بالتسمية بقدر ما تكمن من قصد الدولة المُبدية لهذا

1 – محمد سامي عبدالحميد ومصطفى سلامة حسين، القانون الدولي العام، الدارالجامعية، بيروت، 1988، ص.58.

2 – عبدالعزيز سرحان، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص.191.

3- D. RUZIE ,Droit international public, 14 édition, Dalloz, Paris,1999, p.36.

الاعلان في استبعاد أو تغيير الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة، ومن ثم فإن أي إعلان لا يهدف إلى التعديل أو الاستبعاد لبعض نصوص المعاهدة لا يكون تحفظاً، حتى ولو ادعت الدولة الصادر عنها الاعلان أنها تبدي تحفظاً، كما لا يُمكنها أن تتجنب أن يُعامل الاعلان الصادر عنها على أنه تحفظ متى كانت تهدف به استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لبعض نصوص المعاهدة[1]. وعليه يختلف التحفظ عن الإعلان التفسيري، في كون الهدف من هذا الأخير ليس استبعاد الأثر القانوني لأحكام معاهدة ما، بل توضيح وشرح معناها فقط[2].

وفي ظل غياب نص واضح في اتفاقية فيينا فيما يخص طبيعة الإعلانات التي تُبديها الدولة الطرف عند التوقيع او التصديق أو الانضمام، أشار المقرر الخاص Alain PELLET في المشروع الذي يُعِده بشأن التحفظ، والذي يعتبر كمبادئ توجيهية لممارسة التحفظ وتمييزه عن الإعلانات التفسيرية، فجاء نص المبدأ التوجيهي رقم(1-1-3):"لتحديد ما إذا كان الاعلان الانفرادي الذي تصدره الدولة أو المنظمة الدولية بشأن إحدى المعاهدات يشكل تحفظاً أو إعلاناً تفسيرياً من المناسب التأكد من غرض الجهة التي تصدره عن طريق تفسير الاعلان بحسن نية وفقاً للمعنى المعتاد الذي يُعطى لمصطلحاته، في ضوء المعاهدة التي يتعلق الاعلان بها، ويُولَى الاعتبار الواجب لقصد الدولة أو المنظمة الدولية المعنية عند إصدار الاعلان"[3]. وقدم Alain PELLET تعريفاً للتحفظ بأنه:"إعلان من جانب واحد مهما كانت تسميته أو طريقة تحريره صادر من قبل دولة أو منظمة دولية وقت التوقيع، التصديق، أو القبول أو الموافقة أو حين الانضمام إلى اتفاقية ما تُريد من خلاله استثناء أو تعديل الأثر القانوني لبعض أحكام الاتفاقية عند تطبيقها عليها"[4].

---

1 – عبد الغني محمود، التحفظ على المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام والشريعة الاسلامية، دار الاتحاد، القاهرة، 1986، ص.4،3.

2 – عبد الغني محمود، المرجع السابق، ص.7 وما بعدها.

3 – الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، الملحق رقم 10(A/62/10)، الفقرة153.

4 – الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون ، الملحق رقم 10(A/62/10)، الفقرة153.

وعليه، فإن التحفظ هو وسيلة قانونية تقررها قواعد القانون الدولي للدول نتيجة لسيادتها القانونية في إعداد تشريعاتها الداخلية، من أجل عدم الالتزام ببعض أحكام المعاهدات نظراً لخصوصية حقوق الإنسان بين دول المجتمع الدولي.

هذا، ويترتب عن تعريف التحفظ بعض النتائج، نذكر أهمها:

-يكون التحفظ على شكل اعلان من جانب واحد، كما أنه يجوز للدول أن تقدم تحفظ جماعي، إذا كان نفسه[1].

- يتوجب إبداء التحفظ وقت التوقيع أو التصديق أو الانضمام طبقا لمادة2/1/د من اتفاقية فيينا1969. وتحديد وقت إبداء التحفظ من أجل الحد من التحفظات العشوائية التي لا تلتزم بالإجراءات الرسمية[2].

- يترتب عن التحفظ تقييد نطاق تطبيق المعاهدة على الدولة، مما ينجر عنه تجزئة أحكام المعاهدة حيث لن تعود الاطراف المتعاقدة ملزمة بنفس المقتضيات مما ينتج عنه غياب الوحدة.

- العبرة ليست بالتسمية التي تطلقها الدول على التحفظ، فيتوجب الرجوع إلى الأثر القانوني إذا كان هدفه استبعاد لبعض نصوص المعاهدة فإنه يعد تحفظ.

وتفريعاً عما سبق، فإنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار قصد الدول الأطراف في اتفاقية سيداو.فإذا كانت تهدف إلى استبعاد بعض أحكام هاته المعاهدة فإن هذا التصرف يعد تحفظاً مهما كانت تسميته تحفظ أو إعلان.

الفرع الثاني

شروط التحفظ

لم تتضمن اتفاقية سيداو شروطاً شكلية للتحفظ بل اقتصرت فقط على الشروط الموضوعية، بينما نظمت بعض المواثيق الإقليمية الشروط الشكلية للتحفظ على غرار

1 – الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخمسون ، الملحق رقم 10(A/53/10)، الفقرة497.

2 – طالبي سرور، تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد النساء، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص.299.

المعاهدة الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الاساسية. وعليه سنتناول الشروط الشكلية(أولاً)، ثم نعالج الشروط الموضوعية للتحفظ(ثانياً).

أولاً-الشروط الشكلية للتحفظ:

كما أشرنا فقد جاءت نصوص اتفاقية سيداو خالية من تنظيم الشروط الشكلية لقبول التحفظ، وكذلك الأمر بالنسبة لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات1969 باستثناء ماجاءت به المادة23 منها والتي يعتبرها فقهاء القانون الدولي على أنها إجراءات التحفظ وليست بشروطه[1]. وبالرجوع لنص المادة57[2] من المعاهدة الاروبية لحقوق الإنسان، فنجدها المصدر الوحيد للشروط الشكلية للتحفظ، الأمر الذي تبنته اللجنة المعنية بحقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة[3]. وطبقاً لهذا النص، فإن الشروط الشكلية ثلاث هي: المواءمة بين القانون الداخلي النافذ وأحكام المعاهدة، وزمن إبداء التحفظ، وعدم جواز التحفظات ذات الطابع العام.

1- المواءمة بين القانون الداخلي النافذ وأحكام المعاهدة:

فالتحفظ يجب أن يكون محله نصاً مُخالفاً لقانون نافذ في إقليم الدولة المتحفظة. وبالتالي يجب أن يتعلق بنص محدد في الاتفاقية. فالجزائر عند إبدائها للتحفظ على اتفاقية سيداو سنة1996 كان قانون الأسرة ساري المفعول على إقليم الجمهورية الجزائرية. وتطبيقاً لهذا قضت المحكمة الاروبية لحقوق الإنسان استبعاد تحفظ أبدته النمسا سنة 1957 لحظة تصديقها على المعاهدات الاروبية لحقوق الإنسان ورغبت في تطبيقه على قانون صادر سنة 1982، فقد أعلنت المحكمة عدم

---

1 – احمد اسكندري، ومحمد ناصر بوغزالة، محاضرات في القانون الدولي العام، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998، ص134وما بعدها.

2 –المعدلة للمادة 64 من النص القديم، حيث تنص:"1- يجوز لأية دولة عند التوقيع على هذه المعاهدة او عند ايداع وثائق التصديق عليها، ان تتحفظ بشأن اي حكم خاص في المعاهدة بالقدر الذي لا يتعارض معه أي قانون نافذ في إقليمها مخالف لهذا الحكم، ولن يُسمح بالتحفظات ذات الطابع العام. 2- يجب أن يتضمن أي تحفظ يتم ابداؤه طبقاً لهذه المادة بياناً موجزاً عن القانون المعني" . المعاهدة الاروبية لحقوق الإنسان وقعت في 1950/11/04 ودخلت حيز التنفيذ في 1953/09/03.

3 – باية عبدالقادر، المرجع السابق، ص.104.

قابلية هذا التحفظ للتطبيق لأنه طبقاً للمادة 1/64 من المعاهدة(م1/57 من النص الجديد) لا يمكن أن تكون غرضاً للتحفظ إلا القوانين النافذة والسارية المفعول على إقليم الدولة المتحفظة[1].

كما يُشترط أيضاً أن يتضمن التحفظ عرضاً موجزاً عن القانون المعني، وذلك بغرض التحقق من أن التحفظ لا يتجاوز حدود الأحكام المستبعدة. وعليه على الدولة الجزائرية عند إبداء تحفظاتها على اتفاقية سيداو أن توضح عرضاً موجزاً عن قانون الاسرة الجزائري11/84.

2 – عدم جواز إبداء تحفظات بعد التصديق على المعاهدة أو الانضمام اليها:

يتفق هذا الشرط مع مانصت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في مادتها 19:"للدولة لدى توقيع معاهدة ما أو التصديق عليها أو قبولها أو اقرارها أو الإنضمام اليها ان تضع تحفظاً". والهدف من وراء هذا الشرط هو تقييد إمكانية إبداء التحفظ على المعاهدات من حيث الزمن، ذلك أن الوقت الذي يجوز فيه إبداء التحفظ على المعاهدة هو محدد بوقت التوقيع، او كحد أقصى وقت إيداع وثيقة التصديق أو الانضمام[2].

هذا، وتُثار مسألة التحفظ بعد التصديق على المعاهدة أو الانضمام اليها أحياناً بخصوص إعلانات الدولة المتعلقة بقبولها اختصاص عدد من أجهزة الرقابة المُنشأة بواسطة هذه المعاهدات. فاللجنة المعنية بحقوق الإنسان–على سبيل المثال– لا ينعقد اختصاصها في نظر الشكاوى المقدمة من الدول الأطراف في العهد، عن انتهاك دولة طرف في العهد لأحد الحقوق المعلنة فيه، إلا إذا كانت تلك الأخيرة قد أعلنت قبولها اختصاص اللجنة المعنية للنظر في مثل هذه الشكاوى. وهذا طبقاً لـ م 41ع.دح.م.س.

---

1 – قرار المحكمة الاوروبية لحقوق الإنسان الصادر في 1994/04/26 في قضية فيشر ضد النمسا على موقع المحكمة: WWW.echr.coe.int.

2 – محمد خليل الموسى، التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2002، ، العدد3، ص.352.

وغالباً ما يأتِ الإعلان لاحقاً على التصديق او الانضمام للعهد، تهدف الدولة من ورائه إلى تقليص الالتزامات القاعدية "Les obligation normatives" المترتبة عليها بمقتضى العهد. وهو أمر خطير جداً أن تعمد الدول إلى التقليل من حجم التزاماتها القاعدية بمناسبة إعلان يصدر عنها، تطبيقاً للنصوص الخاصة بقبول ولاية أجهزة الرقابة المُنشأة من قبل المعاهدات الخاصة بحقوق الإنسان ومن بينها سيداو[1].

3 – منع التحفظات العامة

لا يجوز للدول أن تُبدي تحفظات على أحكام المعاهدات تكون ذات صياغة عامة وفضفاضة، يكون من شأنها استبعاد جل الأحكام أو جزء منها من قِبل الدولة المتحفظة. وعليه يجب أن يتعلق التحفظ بنص محدد الموضوع ومحدد المحل في الاتفاقية. وهو ما ذهبت إليه المحكمة الاروبية لحقوق الإنسان في قضية بليلوس ضد سويسرا في 1988/04/29 أين قضت بأن:" " عبارة "التحفظات ذات الطابع العام" تعني أن التحفظ قد تمت صياغته بألفاظ واسعة وفضفاضة، لا تسمح بتحديد مضمون ونطاق تطبيقه بدقة"[2].

غير أن غالبية الدول المسلمة كثيراً ما تُخالف هذا الشرط عند تصديقها أو انضمامها إلى اتفاقيات تتعلق بحقوق الإنسان كاتفاقية حقوق الطفل واتفاقية سيداو خاصةً، مستخدمة في تحفظاتها عبارة اشتراط تطبيق أحكام الاتفاقية ما لم تخالف أحكام الشريعة الاسلامية. ومثال ذلك تحفظ الجزائر على المادة4/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والتي تتضمن المساواة بين الرجل والمرأة لتعارضها مع أحكام الشريعة الاسلامية[3]. ويترتب عن هذا بطلان هاته التحفظات وعدم قبولها من

1 – محمد خليل الموسى، المرجع السابق، ص.353.

2 – قرار المحكمة الاوروبية لحقوق الإنسان الصادر في 1988/04/29 في قضية بليلوس ضد سويسرا على موقع المحكمة: WWW.echr.coe.int.

3– C'est sensiblement la même démarche que l'on retrouve s'agissant de l'Algérie. Il s'agit d'une déclaration en vertu de laquelle <<le gouvernement algérien interprète les dispositions de l 'alinéa 4 de l'article 23... comme ne portant pas atteinte aux fondements essentiels du système juridique algérien». Ramdane BABADJI et Jean-robert HENRY,

حيث الشكل، الأمر الذي يتوجب من خلاله على هذه الدول أن تأخذ في الحسبان هذا الشرط مستقبلاً[1].

ثانياً-الشروط الموضوعية للتحفظ:

تتمثل الشروط الموضوعية لصحة تحفظات الدول على معاهدات حقوق الإنسان بصفة عامة بوجوب عدم مُخالفة التحفظ لموضوع المعاهدة أو الغرض الذي أُنشِئَت مِن أجله[2]. إذْ تمنع القواعد العامة لقانون المعاهدات بشكل عام، والقواعد الواردة في المواثيق الخاصة بحقوق الإنسان بشكل خاص التحفظات المُخالفة لموضوع المعاهدة أو الغرض منها. حيث تنص م19 من اتفاقية فيينا 1969:"للدولة لدى توقيع معاهدة ما ....أن تضع تحفظاً ما لم: .... جـ- يكون التحفظ في الحالات التي لا تنص عليها الفقرتان الفرعيتان (أ)و(ب)، منافياً لموضوع المعاهدة وهدفها ". وتنص م2/28 من اتفاقية سيداو1979:"لا يجوز ابداء أي تحفظ يكون مُنافياً لموضوع هذه الإتفاقية وغرضها".

هذا، ولم تتضمن اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ولا المواثيق الخاصة بحقوق الإنسان ومن بينها سيداو، نصاً يوضح مفهوم ضابط ملائمة التحفظ لموضوع المعاهدة وغرضها، كما لم تتضمن نصاً يحدد نطاق تطبيق هذا المعيار بصدد التحفظ[3].

وحيال هذا الوضع، أكدت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر في 1951/05/21 والمتعلق بتحفظات الدول الأطراف بشأن اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمُعاقبة عليها أنه:"يجب البحث عن إمكانية إبداء التحفظات على اتفاقية منع جريمة الابادة الجماعية والمُعاقبة عليها، في السِمات المميزة لهذه الاتفاقية وفي

Universalisme et identité juridique : l'état de droit dans le monde arabe, annuaire de l'afrique du nord, 1995 , C.N.R.S Edition, Paris, 1997, p.87.

1- R. BABADJI, et J. HENRY, op. cit, p.87.

2 - باية عبدالقادر، المرجع السابق، ص108.

3 - كرغلي مصطفى، المرجع السابق، ص.67.

موضوعها والغرض منها، فهي اتفاقية عالمية ذات غرض انساني بحت، وهي لا تهدف إلى حماية مصالح ذاتية أو شخصية للدول، فالموضوع الأساسي المرجو تحقيقه من تطبيقها هو تحقيق مصلحة مشتركة للجميع مفادها صيانة قيم وأهداف عُليا لصالح المجتمع الدولي". وهذا تفسير منطقي لمحكمة العدل الدولية يُمكن إسقاطه على اتفاقية سيداو، وذلك لكونها اتفاقية عالمية تهدف إلى رفع التمييز ضد المرأة أي كانت جنسيتها أو عِرقها أو لونها، كما أنها اتفاقية تعزز من قيم المجتمع الدولي الرامي إلى البحث عن تحقيق المساواة بين جميع الأفراد طبقاً للخصائص التي يتميزون بها. وفي نفس السياق، تجدر الإشارة إلى أن المواثيق الدولية تختلف بشأن قبول أو رفض التحفظ وسنبين ذلك ببعض الأمثلة كالتالي:

-بعض الاتفاقيات الدولية تمنع التحفظ مُطلقاً، وذلك بنصوص صريحة، فالمادة 120 من نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لعام 1998 حظرت إبداء أي تحفظات، ونفس الأمر بالنسبة للإتفاقية التكميلية لإبطال الرق وتجارة الرقيق والأعراف والممارسات الشبيهة بالرق لعام 1956، حيث تنص المادة9 منها :"لا يُمكن وضع تحفظات على هذه الاتفاقية" .

- وهناك اتفاقيات تحظر التحفظ على نصوص بعينها، كاتفاقية جنسية المرأة المتزوجة[1]، حيث تنص م1/8 منها:"لأية دولة لدى التوقيع أو التصديق أو الإنضمام، حق إبداء تحفظات بشأن أية مواد في هذه الاتفاقية غير المادتين1و2".

-أما اتفاقيات أُخرى، فتسمح بكل التحفظات، وتطبق في مجال الاعتراض القاعدة الأمريكانية "La règle panaméricaine" والتي تجعل الاتفاقية غير نافذة بين الدول المُعترضة والدول المتحفظة[2]. كاتفاقية الحقوق السياسية للمرأة لعام 1952 حيث تنص

1 -عُرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1040(د-11) يوم 29 يناير1957. تاريخ بدء النفاذ: 11أوت 1958.

2 - طالبي سرور، حماية حقوق المرأة، المرجع السابق، ص.103.

م7منها:"إذا حدث أن قدمت أية دولة تحفظاً على أي من مواد هذه الاتفاقية لدى توقيعها....ولأية دولة تعترض على التحفظ أن تقوم خِلال 90 يوماً من تاريخ الابلاغ المذكور أن تُشعر الامين العام بأنها لا تقبل هذا التحفظ. وفي هذه الحالة لا يبدأ نفاذ الاتفاقية فيما بين هذه الدولة والدولة التي وضعت التحفظ".

– وتقرر بعض الاتفاقيات حظر التحفظات المنافية لموضوعها وغرضها. حيث تنص م19 من اتفاقية فيينا 1969:"للدولة لدى توقيع معاهدة ما ....أن تضع تحفظاً ما لم: .... جـ– يكون التحفظ في الحالات التي لا تنص عليها الفقرتان الفرعيتان (أ)و(ب)، مُنافياً لموضوع المعاهدة وهدفها ". وتنص م2/28 من اتفاقية سيداو1979:"لا يجوز ابداء أي تحفظ يكون مُنافياً لموضوع هذه الإتفاقية وغرضها". وتنص م2/51 من اتفاقية حقوق الطفل[1] لسنة 1989:" لا يجوز ابداء أي تحفظ يكون مُنافياً لهدف هذه الإتفاقية وغرضها ".

غير أن هذا النوع الاخير من الاتفاقيات يعتمد على معيار(مخالفة هدف الاتفاقية وغرضها) يترك المجال واسعاً أمام الدول في تقديرها في أية اتفاقية. الأمر الذي أدى إلى انتقاده من طرف لجنة القانون الدولي، حيث اعتبرته معيار غير دقيق، لذلك أصدرت الجمعية العامة للامم المتحدة قراراً[2] أعفت فيه كل أجهزتها من البحث في معنى هذا المعيار، تاركة للدول المسؤولية على تصرفاتها. ويستند هذا القرار للطبيعة غير المتجانسة للمجتمع الدولي، والتي لا تسمح بجمع عدد كبير من الدول في أية اتفاقية إذا لم يترك مجال لإبداء مثل تلك التحفظات[3].

إلا أن اللافت للإنتباه أن هذا النوع من الاتفاقيات قد يفقد محتواه، ذلك أن ما قد

1 –أُعتمدت وعُرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 25/44 يوم 20 نوفمبر 1989. تاريخ بدء النفاذ: 2 سبتمبر1990.

2 –القرار رقم (VI) 598 المؤرخ في 1952/01/12

3 – طالبي سرور، حماية حقوق المرأة، المرجع السابق، ص.104.

يعتبر غرض أو موضوع الاتفاقية بالنسبة لدولة ما قد لا يُعتبر كذلك عند دولة أخرى طرف في نفس الاتفاقية.

وفيما يخص اتفاقية سيداو فإن غرضها وموضوعها يدوران حول تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في شتى المجالات ورفع التمييز القائم ضد المرأة. وحسب الامم المتحدة فإن أهم مادة في هاته الاتفاقية هي المادة الثانية[1]، فالتحفظ عليها يعتبر خرقاً لموضوعها وغرضها[2]. ولمناقشة التحفظات الجزائرية حول اتفاقية سيداو يتبين ان الجزائر قد تحفظت على بعض النصوص كـ م2، الأمر الذي اعتبرته الأمم المتحدة ماساً بموضوع وغرض اتفاقية سيداو.الأمر الذي سنعالجه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

طبيعة تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو

إستناداً لِسيادتها المُطلقة الداخلية والخارجية، تسعى الجزائر دائماً لِلحفاظ على

---

1 –تنص م2:"تشجب الدول الاطراف جميع اشكال التمييز ضد المرأة وتوافق على ان تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون ابطاء، سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقا لذلك تتعهد بالقيام بما يلي:

أ– تجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى اذا لم يكن هذا المبدأ قد أُدمِج فيها حتى الآن وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال القانون والوسائل المناسبة الاخرى....."

2 –" ما زالت مطالبُ الحركة النسائية، المُطالبةِ بإحقاق المساواة بين المرأة والرجل، وإلغاء كافّة أنواع التمييز، مستمرّة؛ فبمناسبة تخليد اليوم العالمي للمرأة، طالب تحالف المساواة دون تحفظ، خلال ندوة صحافية، مساء يوم الخميس بالرباط، بإلغاء جميع التحفّظات المتعلقة باتفاقية القضاء على أشكال التمييز ضدّ المرأة، المعروفة باتفاقية "سيداو"، والتي انضمّت إليها جميع دول شمال إفريقيا، والدول العربية، عَدَا السودان والصومال. وتضيف لينا أبو حبيب، منسقة التحالف الإقليمي "مساواة دون تحفظ"، إنّ الدول العربية، باستثناء السودان والصومال، اللتين لم توقعا بعدُ على اتفاقية "سيداو"، تتفاوت مواقفها من الاتفاقية، من دولة إلى أخرى، لكنّها تشترك جميعا في كونها لم ترفع كلّ تحفظاتها عن الاتفاقية، فيما توجد دول أخرى تحفّظت على جميع بنود الاتفاقية، وإن صادقت عليها، مثل المملكة السعودية، وهو ما أدّى إلى إفراغ الاتفاقية من مضمونها. وفي سياق تأثير ثورات "الربيع العربي"، السلبي، على حقوق المرأة العربية والشمال إفريقية، قالت آمال عبد الهادي، عن منظمة المرأة الجديدة بمصر، إنّ رياح "الربيع العربي" لم تكن كلها في مصلحة حقوق الإنسان؛ موضحة أنّ حملة التضييق على حقوق المرأة في مصرَ اشتدّت، بعد وصول الإخوان المسلمين إلى الحكم؛ وزادت آمال عبد الهادي أنّ هناك "قوى متعدّدة في المجتمعات العربية تعادي حقوق المرأة في ظلّ هيْمنة الثقافة الذكورية الرافضة للمساواة بين المرأة والرجل"؛ محمد الراجي،تحالُفُ المساواة دون تحفّظ يطالب برفع التحفظات عن اتفاقية سيداو، جريدة هسبريس الالكترونية المغربية، الجمعة 2014/03/14/–11:10.

على أمنها القانوني، وذلك بتشريع النصوص التي تتماشى وخُصوصية المُجتمع الجزائري المُحافظ. وفي حالة انضمامها لأية معاهدة تتمسك بحقها السيد في إبداء التحفظات على النصوص المُخالفة لأصالة المجتمع الجزائري. ونتناول في هذ المطلب، تحفظات الجزائر(الفرع الأول)، ثم نبين دواعي التحفظ المؤسّسَة على ضابط الشريعة الإسلامية(الفرع الثاني)، وبعدها نناقش الاعتراضات الموجهة لهذا الاستناد(الفرع الثالث)

الفرع الأول

تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو

لقد أبدت الجزائر تحفظاتها[1] على المواد 2، و2/9، و4/15، و16 من اتفاقية سيداو[2]، ونجد أن معظم هاته التحفظات تشمل المساواة بين الرجل والمرأة عند إنشاء عقد الزواج وعند إنحلاله في مجال شؤون الأسرة على الخصوص. وغالباً ما تستند الجزائر في ذلك إلى حدود النظام القانوني الجزائري، أو أحكام قانون الأسرة[3].

ونذكر هنا بأن الجزائر قد وافقت على هاته الاتفاقية بموجب الامر رقم 96-03 المؤرخ في 1996/01/10 يتضمن الموافقة، مع التحفظ على اتفاقية القضاء على

1 -لا تنشر في الجريدة الرسمية التحفظات الجزائرية على مختلف اتفاقيات حقوق الإنسان بل تتم الاشارة فقط إلى انضمام الجزائر إلى اتفاقية ما مع التحفظ. حيث تنص م1 من المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 1996/01/22 على أنه:"تنضم مع التحفظ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 وتنشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ".

2 -تجدر الاشارة إلى ان الجزائر تحفظت أيضاً على م4/23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، حيث ذهبت إلى أن:"الحكومة الجزائرية **تفسر** أحكام الفقرة الرابعة من المادة 23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمتعلقة بحقوق ومسؤوليات الزوجين، بما لا يُخالف المبادئ الاساسية للنظام القانوني الجزائري ". فالحكومة الجزائرية استعملت مصطلح "تفسير"، لكن الاثر المترتب عنه هو استبعاد تطبيق أحكام م4/23، وبالتالي هو تحفظ كما أشرنا اليه سابقاً فالعبرة ليست بالمسميات. أنظر: Nations Unies, traités multilatéraux déposés auprès du secrétaire général, état au 31 décembre 1995, New York, 1996, chapitre IV 5, p 118.

3 - نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص233.

جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979 [1] . ثم بعد ذلك إنضمت إليها بموجب المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 1996/01/22 يتضمن إنضمام، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، مع التحفظ، إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979 [2].

هذا، وسنركز على التحفظ المُنصب على م 16 ذلك أنه محل دراستنا، حيث تَضَمّن التحفظ الجزائري على م16[3]:"تُعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بالمساواة بين الرجل والمرأة في جميع المسائل المترتبة عن الزواج أثناء الزواج وعند الانفصال لا يجب أن تتعارض مع أحكام قانون الاسرة الجزائري ". وللعلم فان أغلب الدول العربية والإسلامية، بل وحتى الغربية قد انصب تحفظها على م16[4].

وإذا جاء تحفظ الجزائر على م16 جد مُقتضب وغامض، فقد كان تحفظ جمهورية مصر العربية واضحاً وواسعاً على النحو التالي:"يكون الإلتزام بتلك المادة دون إخلال بما تكفله الشريعة الاسلامية للزوجة من حقوق مُقابلة لحقوق الزوج بما

---

1 –ج.ر03 المؤرخة في 1996/01/14. راجع الملحق2 فيما يخص التحفظات.

2 –ج.ر06 المؤرخة في 1996/01/24.

3 –تنص م16:"1– تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المُناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة امور المتعلقة بالزواج، والعلاقات الاسرية وبوجه خاص تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة:
أ–نفس الحق في عقد الزواج. ب– نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج الا برضاها الحر الكامل. ج– نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه. د– .....ز– نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار اسم الأسرة والمهنة والوظيفة....2– لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتتخذ جميع الاجراءات الضرورية، بما فيها التشريع لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً".

4 – طالبي سرور، حماية حقوق المرأة، المرجع السابق، ص100. وقد جاء تحفظ الجزائر على م4/15 المتعلقة بحق المرأة في اختيار مقر إقامتها كالتالي: "تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديموقراطية الشعبية أنه لا يجب تفسير أحكام الفقرة 4 من المادة 15 لا سيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مقر إقامتها ومسكنها بمفهوم يتعارض مع أحكام الفصل الرابع من قانون الأسرة الجزائري"، بمعنى أن حق المرأة في التنقل مرتبط بواجبها في طاعة زوجها على اعتبار أنه رئيس مؤسسة الاسرة.

يحقق التوازن العادل بينهما وذلك مُراعاة لما تقوم عليه العلاقات الزوجية في مصر من قدسية مستمدة من العقائد الدينية الراسخة التي لا يجوز الخروج عليها، واعتبار بأن من أهم الأسس التي تقوم عليها هذه العلاقات التقابل بين الحقوق والواجبات على نحو من التكامل الذي يحقق المساواة الحقيقية بين الزوجين بدلاً من مظاهر المساواة الشكلية التي لا تحقق للزوجة مصلحة نافعة من الزواج بقدر ما تثقل كاهلها بقيود، ذلك أن أحكام الشريعة الاسلامية تفرض على الزوج أداء الصداق المناسب للزوجة والانفاق عليها من ماله إنفاقاً كاملاً، ثم أداء نفقة لها عند الطلاق، في حين تحتفظ الزوجة بحقوقها الكاملة على أموالها ولا تلتزم بالانفاق منها على نفسها، ولذلك قيدت الشريعة حق الزوجة في الطلاق بأن أوجبت أن يكون ذلك بحكم القضاء، في حين لم يضع مثل هذا القيد على الزوج". وهكذا فالتحفظ المصري كان شافياً وافياً، وأكثر من ذلك أنه استند إلى مصطلحات أكثر دقة من مصطلح "المساواة"، "كالتوازن، التكامل، التقابل". فهي مصطلحات لا توحي بوجود تنافس بين الرجل والمرأة، بل على العكس من ذلك، فهي توحي على وجود التعاون والتكافل بينهما من أجل النهوض بالأسرة معاً.

هذا، وينتقد البعض نص التحفظ الوارد على م16 بالقول:" إن نص التحفظ على م16، حسب اعتقادنا مُبالغ فيه، إذْ كيف يُمكن مطالبة اتفاقية دولية أن تتماشى مع نص قانوني داخلي"[1]. ونُخالف الأستاذة الرأي بالإشارة إلى أن الدستور يَعلُوا المعاهدة الدولية.

كما جاء في التحفظ الوارد على م2 من الاتفاقية:" تُعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أن أحكام م 2 تُطبق شريطة أن لا تتعارض مع أحكام قانون الاسرة الجزائري "

إذن فالعبرة واضحة من استبعاد الجزائر لهاته النصوص، ذلك أنها لا تتماشى

1 – طالبي سرور، تحفظات الدول العربية ،المرجع السابق،ص.195.

والنظام القانوني الجزائري بشكل عام، كما لا تتماشى وأحكام قانون الاسرة المستمد غالبية أحكامه من الشريعة الاسلامية. حيث جاء في تقرير الجزائر الأولي المقدم للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة[1]:"وشأنها شأن جميع المجتمعات التي تنتسب إلى العالم العربي الإسلامي فإن حالة المرأة القانونية في الجزائر تتميز بالازدواجية ...وبقدر ما يتعلق بالأحوال الشخصية فإنها منظمة بقانون الاسرة الذي يستلهم الشريعة جزئياً...حيث تلقى احكام قانون الاسرة أشد المعارضة من حركات الجمعيات بسبب الإزدواجية...".

يُؤخذ على هذا الجزء من التقرير عدم شرحه لمصطلح الإزدواجية، الذي نرى أن المقصود منه امتزاج أحكام قانون الاسرة بين نصوص وضعية، وأخرى دينية. على عكس باقي فروع القانون الاخرى كقانون العقوبات على اعتبار نصوصه وضعية بحتة.و في هذا تقول رئيسة مركز الدراسات والتوثيق في حقوق المرأة والطفل "سيداف" نادية آيت زاي :"الجزائر دولة مسلمة فقط عندما يتعلق الأمر بقضايا المرأة، وهذا يعود إلى غياب نموذج ومشروع مجتمع واضح تتبعه الجزائر التي تتبنى العلمانية في كل المجالات وتصبح فقط دولة مسلمة عندما يتعلق الأمر بالنساء"[2].

وتفريعاً عما سبق سنُناقش في الفرع الموالي دواعي التحفظ المُؤسسة على ضابط الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني

دواعي التحفظ المؤسسة على ضابط الشريعة الإسلامية

إن من بين أهم الاسباب الدافعة بالمشرع إلى إبداء هاته التحفظات على

1- CEDAW/C/DZA/11/09/1998

2 – نادية آيت زاي، نقلاً عن: زهية منتصر، دراسة جديدة عن مستقبل واستمرارية الحركة النسوية بالجزائر تكشف: الجزائريات لا يعرفن قانون الأسرة، والجامعيات لا يفكرنّ إلا في الزواج، جريدة الشروق اليومي، في 2010/04/05، العدد50406./http://www.echoroukonline.com/ara/articles

اتفاقية سيداو هو تعارض تلك النصوص مع النصوص الواردة في قانون الأسرة ومع الدستور الجزائري، يُضاف لذلك أن هذا التحفظ كوسيلة قانونية يدخل ضمن إجراءات سيادة الدولة الجزائرية، لتميزها بخصوصياتها الحضارية والثقافية والدينية[1].

ولقد كان المُؤسس الدستوري الجزائري حريصاً على احترام مبادئ الشريعة الإسلامية وتجسيدها في كافة مناحي التشريعات التي تنظم شؤون المجتمع الجزائري، ويتجلى ذلك من خلال ما جاء في ديباجة الدستور للتأكيد على الإسلام[2] في عدة مواطن"المكونات الأساسية لهويتها، وهي العروبة والإسلام والأمازيغية"، "إن الجزائر ارض الإسلام ". كما صرحت المادة الثانية من الدستور بأن :"الإسلام دين الدولة"، وتنص م9 منه:"لا يجوز للمؤسسات أن تقوم بما يأتي:3- السلوك المُخالف للخلق الإسلامي". كما يجب أن يكون رئيس الجمهورية يدين بالإسلام(م2/73 من الدستور)، وأن يعمل على احترام الإسلام طبقاً للمادة76منه:"أُقسم بالله العظيم أن أحترم الدين الإسلامي" وتنص م178:"لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس: 3-**الإسلام** باعتباره دين الدولة". كما حرص المشرع على أن لا تؤسس الاحزاب الجزائرية على ما يُخالف الإسلام حيث تنص م8 من قانون الاحزاب السياسية[3]:"لا يجوز طبقاً لأحكام الدستور تأسيس حزب سياسي على أهداف مُناقضة:- للقيم والمكونات الاساسية للهوية

---

1 – تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر ،المرجع السابق، ص.4،2.

2 – "ما من شك أن للجزائر ثقافة قانونية مزدوجة، تدل إحداهما على الانتماء إلى الحضارة الإسلامية، وتدل الاخرى على التأثر بالحضارة الغربية، حيث أن المستعمر الفرنسي خلف آثاراً ليس من السهل التخلص منها. وإذا كان الشعب الجزائري يعد في أغلبيته الساحقة مسلم، فإن المؤسس الدستوري لم ينص على أن الاسلام يعد دين الشعب الجزائري، بل اعتبر أن الاسلام هو دين الدولة ". ويُضيف الدكتور بدران القول:"إن عدم الحيطة في تضمين الدستور مبادئ ونصوص مستنبطة من مصدرين مختلفين من حيث الحضارة، سيؤدي لا محالة إلى أوضاع غير معقولة وغير منطقية. إن هذه الوضعية قد تؤدي إلى صدور نصوص متناقضة، يَصعب أو يستحيل إعمالها معاً في نفس الوقت، وهذا ما من شأنه أن ينعكس سلباً على تنظيم أمور المجتمع، أو تنظيم السلطات العامة في الدولة، بشكل تتعطل فيه مصالح الناس، أو تؤدي إلى ظهور الفوضى بين أفراد الشعب، خاصة ونحن في زمن تربص فيه أعداء الاسلام للدول الاسلامية". أنظر مراد بدران، المرجع السابق، ص.276.

3 – القانون العضوي رقم 04/12 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالأحزاب السياسية.

الوطنية[1]. – لقيم ثورة أول نوفمبر1954و الخُلق **الاسلامي**". والمادة222 من قانون الأسرة التي تنص:"كل مالم يرد النص عليه في هذا القانون يُرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

وتفريعاً عمّا سبق، من تأكيد دستوري، وقوانين عضوية وعادية على مكانة الإسلام في التشريع الجزائري، فالإسلام تشريع رباني منزه عن كل زلل أو نقص أو غموض، ومكرم للذات الإنسانية بالدرجة الأولى[2]. الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى استعداده تطبيق أحكام اتفاقية سيداو ما لم تُخالف أحكامها مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام قانون الأسرة، وهذا يندرج تحت مبدأ الأمن القانوني الداخلي.

فقد جاء في بعض توصيات الملتقى الثالث للمجلس الإسلامي الأعلى الجزائري، المُتعلق بموضوع حقوق المرأة والطفل، مانصه:"

1- إن الإسلام باعتباره دين الدولة، لا يمنع من ترقية القوانين والأفكار المستجدة الخاصة بالمرأة الجزائرية في سير البلاد. وطبقاً لذلك فإن قانون الاسرة الحالي لا يستجيب لمتطلبات حماية الاسرة والطفل ويجعل الاسرة بعيدة عن المقاصد الحضارية التي تتطلع إليها الامة الجزائرية.
2- قانون الأسرة هو قانون وضعي مُستوحى من الشريعة الإسلامية، وكل قانون وضعي يخضع للاجتهاد.....

20-اتخاذ الاجراءات الكفيلة بالحيلولة دون التحايل على مبادئ الشريعة الاسلامية السمحة.

ونظراً لأن الأسرة الحالية خاضعة للتطورات الاجتماعية الواسعة وطنياً وعالمياً،

---

1 – الاسلام والعروبة والامازيغية.

2 – حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2013/2012، ص.200.

الأمر الذي يستوجب إبقاء ملف الأسرة مفتوحاً بغية المتابعة المتواصلة والإصلاح المستمر بخصوص كل القضايا ...حيث لا يمكن أن يُقال عن أي بلد مهما كان أنه يعيش بمعزل عن التحولات التي يفرزها هذا العالم والتي لا تناقض المبادئ الإسلامية التي تقوم على الوسطية والتكامل والحركية."[1] يتبين لنا جلياً أن المجلس الأعلى الإسلامي كان واضحاً في توصياته، كون قانون الأسرة مصدره الشريعة الصالحة لكل زمان، وبالتالي أي تعديل يمس هذا القانون يكون مصدره الشريعة، أما ما يُخالفها من نصوص فلا يكون مصدراً لنصوص قانون الأسرة. وهي إشارة واضحة لاستبعاد كل ما يعارض الشريعة الإسلامية من نصوص دولية في نظرنا.

ولقد جاء في تقرير الجزائر المقدم للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة:"..ولا ينبغي التقليل من شأن هذه التناقضات الظاهرة، بل يجب أن تعالج في ضوء عنصر أساسي هام ينصب على مكانة ودور القانون الإسلامي في إعداد الأعمال القانونية والقضائية في الجزائر. ويمكن اعتبار أن هذه المكانة أو هذا الدور بدأ يتضاءل باستمرار من جراء تعقد المشاكل المطروحة في هذا العصر وتداخل الثقافات والعمليات العلمانية الجارية في المجتمع الجزائري.

إن الفرض العنيف للقواعد القانونية غير القابلة للتطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى إبطال الغرض من القانون ويدفع إلى تكريس عدم الثقة التي تسفر عن النزاع بين المشرع والمواطن، بل إلى عدم احترام السلطة العامة بحجة أولوية القانون الإلهي ...يتطلب إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، الأمر الذي يتعذر تحقيقه إلا بالآناة ومرور الوقت ومع رفع المستوى الثقافي. ولهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الاحوال الشخصية"[2].

---

1 – المجلس الأعلى الإسلامي الملتقى الثالث، في 13/12/11/أكتوبر/1999، خاص بموضوع المرأة والطفل.

2– CEDAW/C/DZA/11/09/1998

إن المتمعن لهذا الجزء من التقرير يتأسف لما جاء فيه من مُغالطات وتَجاوزات، فالتقرير يُشير إلى تراجع وتضاءل العامل الديني وإحلال محله العامل العلماني في المجتمع الجزائري. إلا ان التقرير كان محقاً في نبذ المجتمع الجزائري للقواعد القانونية الصارخة التعارض مع القواعد الدينية(التقرير وصفها بالقواعد الاجتماعية، وهو تلاعب في المصطلحات). وبالتالي هو يتناقض مع ما أشار إليه أولاً من علمنة المجتمع. كما أشار التقرير إلى محاولة الحكومة إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، وذلك لجعله يتماشى وأحكام اتفاقية سيداو. الأمر الذي نُشجبه بقوة و ندعوا إلى عدم التطاول على حُرمة المجتمع الجزائري المسلم، ولا على أحكام الشريعة الصالحة لكل زمان ومكان. فالمجتمع الجزائري رفض مشرع مارسل موران إبان وطأة الاستعمار فكيف يقبل بمشروع مثله من حيث المضمون أناء الاستقلال والحرية.

ولقدقامت بعض الدول بانتقاد التوجه الجزائري لأسباب نُعالجها في الفرع الموالي.

الفرع الثالث

الإنتقادات المُوجهة لهذا الإختيار

هاجمت الفيدرالية الدولية لحقوق الإنسان(FIDH) تحفظ الجزائر على المادتين 2و16 من اتفاقية سيداو، حيث أشارت إلى أنه:"إن أخطر تحفظ قامت به الجزائر هو على م16من اتفاقية سيداو، وهذا يعني أن المرأة الجزائرية مهما كان عُمرها لا تستطيع الموافقة لوحدها على زواجها"[1]. ونفس الأمر ذهبت إليه لجنة سيداو حينما صرحت عن قلقها من التمييز المُمارس ضد المرأة في ق.أالجزائري:"فهو يسمح بتعدد الزوجات، ويحتوي على ممارسات ثقافية تمس بالمساواة بين الجنسين وذات مفهوم نمطي"[2].

1- Rapport alternatif de la FIDH au rapport initial présenté par l'Algérie au comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, 19éme session, 19 janvier-5 février 1999. http://www.algeria-watch.org

2- Observations finales du comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Algérie, 27/01/1999, paragraphes 75-92.

إن اعتماد الجزائر على الاسلام كضابط للتحفظات التي أبدتها على اتفاقية سيداو أُنتقد من قبل البعض أيضاً بحجة أن الاسلام يستعمل من قبل الدول المسلمة كذريعة فقط لتبرير تحفظاتها، وأن السبب الحقيقي لهاته التحفظات يعود للعادات والتقاليد التي لا زالت تتخبط فيها هاته الدول، ومن بينها الجزائر[1].

ويُؤكدون طرحهم هذا بأن الدول المسلمة لم تُجمع تحفظاتها على مواد مُعينة بذاتها مُخالفة للشريعة الإسلامية، إضافة إلى أن دول أُخرى غير إسلامية تحفظت على ذات المواد(5،11،9،16)، غير أنها تستند إلى حُجج غير تلك التي تحتج بها الدول الإسلامية[2].

كما ينتقد العديد من الكُتاب اعتبار النظام الاسلامي نظاماً قانونياً قادراً على الضغط، ويُرجعون هذا القُصُور إلى كون القرآن والسُنة يَفتقران لِنظام واضح يُنظم العِلاقات الدولية، ويَسوقون في زعمهم هذا عدة أسباب من بينها[3]:

1-أن منظمة المؤتمر الاسلامي منظمة دولية إقليمية مؤسسة على قواعد القانون الدولي، لا على أحكام الاسلام.

2-إن نُصوص منظمة المؤتمر الاسلامي لا يمكنها أن تُخالف قواعد ميثاق الامم المتحدة، طبقاً لـ م1/52 من الميثاق:"ليس في هذا الميثاق ما يحول دون قيام تنظيمات أو وكالات إقليمية تُعالج من الامور....مادامت هذه التنظيمات أو الوكالات الاقليمية ونشاطها متلائمة مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئهما". وكذلك م103 منه التي تنص:"إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء"الامم المتحدة" وفقاً لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام دولي آخر يرتبِطون به، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا

1- S.BOURAOUI, Les réserves des Etats parties à la convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, colloque de Tunis .

2- S.BOURAOUI, op.cit. pp.30 et s.

3 - كمال شطاب، المرجع السابق، ص160،161.

الميثاق". وعليه لا يمكن الاحتجاج بعامل الإسلام مادام لا يتماشى ومبادئ ميثاق الأُمم المتحدة من الناحية القانونية.

3-إن مصر بصفتها إحدى الدول الاسلامية، عند مُصادقتها على العهدين الدوليين لسنة 1966، صرحت بأنه:"بموجب ترتيبات الشريعة الاسلامية، وبما أن العهد الحالي يتماشى وأحكام هذه الأخيرة...فإن الحكومة المصرية تقبل الانضمام والمصادقة على العهد"1. وفي المُقابل نجد دول إسلامية تحفظت على بعض نصوص هذين العهدين بحجة تَعارُضِها مع الشريعة الاسلامية كما فعلت الجزائر بالنسبة للمادة23 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، كما تمت الاشارة اليه آنفاً. الأمر الذي يجعل مواقف الدول الاسلامية غير موحدة ومتناقضة.

4-أن الامم المتحدة من خلال مواثيقها والوكالات الاقليمية التابعة لها تهدف إلى حماية حقوق الإنسان من خلال كونها عالمية وغير قابلة للتجزئة، حيث جاء في الفقرة الثالثة من الجزء الثاني من الحصيلة النهائية للمؤتمر العالمي لحقوق الإنسان بفيينا 1993ما نصه:"جميع حقوق الإنسان عالمية وغير قابلة للتجزئة ومترابطة...وفي حين أنه يجب أن تُوضع في الاعتبار أهمية الخاصيات الوطنية والإقليمية ومُختلف الخلفيات التاريخية والثقافية والدينية، فإن من واجب الدول، بصرف النظر عن نطمها السياسية الاقتصادية والثقافية، تعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية".

فالنص صريح الوضوح بخضوع الدول عند تنظيمها لمختلف حقوق الإنسان،بما فيها المرأة، لمبدأ عالمية هاته الحقوق بغض النظر عن الاختلافات الإيديولوجية التي تعرفها نُظم العالم. وتنص الفقرة التاسعة من الجزء الثاني من نفس المؤتمر:"إن حقوق المرأة والطفل تشكل جزأً متكاملاً مع حقوق الإنسان العالمية ولا تقبل التصرف ولا التجزئة". وهو أمر أنتقده لكونه يتعارض مع مبدأ خصوصية حقوق الإنسان وبالأخص

1- R. BABADJI, et J. HENRY, op. cit, p.87.

حقوق المرأة. فمثال ذلك أن مؤسسة الأسرة عندنا أساسها عقد الزواج وحده، عكس بعض الدول الاروبية كفرنسا التي تعرف خليط من الأُسر آخرها زواج مثليي الجنس.

غير أن الدول الإسلامية لها موقف متجانس عندما يتعلق الأمر بمهاجمة أحكام الإسلام فقد رفضت الدول المسلمة بالإجماع لتقرير لجنة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في الدورة42 للجمعية العامة للأمم المتحدة، وذلك لما انتقدت هذه اللجنة الدول الإسلامية من حيث الحقوق القليلة التي تمنحها للمرأة في إطار الأسرة[1].

هذا، وللإشارة أن أغلب الدول العربية المسلمة، ومن بينها الجزائر، لم تكن فاعلة لدى وضع أغلب المواثيق الدولية كميثاق الأمم المتحدة لسنة1945، والإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، على اعتبارها كانت تحت وطأة الإستعمار. وبالتالي خُصوصية هاته الدول لم تُراعِ أثناء وضع هاته المواثيق من قبل الدول اللاتينو-جرمانية ، والأنجلوساكسونية، ، التي كانت حريصة فقط على إدراجها ثقافاتها وأيديولوجياتها بكل أبعادها.

وعليه يُتوجب مُراجعة هاته المواثيق بما يتماشى وكافة النظم على هاته المعمورة، وخاصة عامل الشريعة الاسلامية الذي دائماً ما ينتقده الغرب بحجة جموده وعدم مواكبته للعلمانية التي يرون أنها الصالحة لزماننا هذا. الأمر الذي ثَبُتَ فشله بمرور الوقت. وهذا مادفع بتحرك الدول المسلمة ودولة الفاتيكان من أجل المُطالبة بتعزيز مورروثهم الديني لدى تأسيس مُختلف الصكوك الدولية لحقوق الإنسان لا سيما ما تعلق منها بحالة الأشخاص وأحوالهم الشخصية[2].

ويُضاف إلى ما سبق، تأكيد الاعلان العالمي الخاص بالتغاير الثقافي الذي

1 – طالبي سرور، حماية حقوق المرأة، المرجع السابق، ص97.

2 – A.CHERIF CHAMMARI, Fédération internationale des droits de l'homme, www.fidl.org.

تبنته اليونسكو سنة 2001، على أن التنوع الثقافي ميراث مُشترك للإنسانية،حيث تنص م4منه على أن :" حقوق الإنسان تشكل ضمانات للتغاير الثقافي". وفي هذا ينتقد الدكتور أحمد أبو الوفا الدول الغربية لعدم اعتبارها للدين وللثقافة الإسلامية على وجه التحديد، حيث يقول:"هذا أمر غير مقبول، فالدول تُسلم بضرورة المُحافظة على التغاير الموجود في النباتات والحيوانات، بل وتسعى–الدول الغربية– بكل ما تملك لمنع انقراض الأشياء المهددة بالإنقراض، فلماذا لا تُريد تلك الدول الاعتراف بالتغاير الثقافي"[1].

وسعياً منها في إبراز خصوصية الدول العربية، ولاسيما الإسلام فقد دعت جامعة الدول العربية المجتمع الدولي إلى الأخذ بعين الاعتبار خاصية الإسلام كأحد أهم مُقومات هاته الدول. حيث جاء في بعض بنود قرار لها[2]:"هذا القرار يضع الخطوط الاسترشادية في مجال وضع معايير لعالمية حقوق الإنسان، تأخذ بعين الاعتبار الاختلافات الدينية والثقافية والاجتماعية لكافة الشعوب، وأثر ذلك في التشريعات العربية، والمتمثلة في:

- التمسك بالخصوصيات الدينية والثقافية والاجتماعية التي تشكل موروثات وروافد تسهم في إثراء المفاهيم العالمية المشتركة لحقوق الإنسان.
- الأخذ بحقوق الإنسان بمفهومها الشامل والعادل، ومن كل جوانبها المدنية والسياسية وكذلك الاجتماعية والاقتصادية والثقافية.
- الاتفاق على مفاهيم عربية موحدة لحقوق الإنسان مُستوحاة من القيم الإنسانية الرفيعة للشريعة الإسلامية.
- الأسرة هي أساس بناء المجتمع، والمرأة مساوية للرجل في الكرامة الإنسانية.

---

1 – أحمد أبو الوفا، الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الامم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص242

2 – قرار جامعة الدول العربية رقم 5819 الصادر في 1998/09/17، في الدورة 11.

- احتفاظ الدول بحقها في إبداء تحفظات على العهود والمواثيق والاتفاقات الدولية التي تنضم إليها باعتبار ذلك حقاً سيادياً لها". فيتبين من خلال هاته البنود أن الدول العربية تُدافع عن احترام حقوق الإنسان والمرأة من منظور شامل من غير إقصاء لخصوصية بعض الدول، نظير صغر حجمها بين الدول الكبرى. وبالتالي الشريعة الإسلامية جزء لا يتجزأ من مصادر حقوق المرأة.

وفي هذا الإطار، تذهب الدكتورة نُهى القاطرجي إلى القول بأن:"أن الهدف الأساسي لهذه المُخططات هو فرض النموذج الإجتماعي الغربي على العالم تكملة للنجاح في فرض النموذج السياسي والاقتصادي، وهذه النماذج لا تُراعي في تشريعاتها القانونية اختلاف العقيدة أو تباين الثقافة بين المُجتمعات، بل هي تسعى لفرض نمط حضاري موحد على العالم تلتزم به الدول كلها"[1]. وتقصد بالمُخططات المواثيق والمُؤتمرات الدولية التي تُعنى بشؤون المرأة، والتي تهدف إلى تحقيق ما يُسمى اليوم بالعولمة القانونية، ولن يتم ذلك إلا بتنازل الدول عن ثروتها الثقافية والإجتماعية، بل والدينية لصالح النموذج الغربي اللائكي. هاته العولمة الشرسة المسيطرة على الأنماط الاجتماعية الأخرى[2]، عكس العالمية الرامية إلى محافظة كل بلد على حضارته وثقافته، مع التنسيق والتعاون بين الحضارات[3].

وإزاء هذا الوضع، جاز للجزائر إبداء تحفظات على اتفاقية سيداو، بالنسبة للنصوص التي تُخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو قانون الأسرة، انطلاقاً من كون الدستور أسمى وثيقة قانونية في الدولة الجزائرية تُمجد الإسلام وتحرص على احترامه، ثم تأتِ بعده المعاهدة الدولية التي لا يجب أن تُخالف أحكامه. وهذا كله لا يَمُس

1 – نهى القاطرجي، المرجع السابق، ص236،237.

2 – تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر ، المرجع السابق، ص07.

3 – جاسم المطوع،التحديات الاجتماعية التي تواجه الاسرة، محاضرة في مؤتمر الاسرة الاول،الأسرة العربية في وجه التحديات والمتغيرات المعاصرة، بيروت، 6/5/أيار2002، دار ابن حزم، 2003، ص211؛ نقلاً عن تشوار جيلالي، تحفظات الجزائر ، المرجع السابق، ص.08.

بمبدأ عالمية حقوق الإنسان التي يتوجب فهمها من منظور واسع يشمل كل الثقافات والحضارات والأيديولوجيات، مهما كان وزنها وحجمها في المجتمع الدولي[1].

وسننتقل في المطلب الموالي إلى تحليل مدى عدم قبول إبداء التحفظات على اتفاقية سيداو من جهة، وقبول من جهة أخرى إعتراضات على تحفظات بعض الدول.

المطلب الثالث

المُفارقة بين قبول التحفظ على سيداو، والإعتراضات المُوجهة له

نتناول في هذا المقام مسألة قبول اتفاقية سيداو لإبداء تحفظات عليها، على الرغم من كون أغلب نصوصها تصب في غرض أو موضوع الإتفاقية، (الفرع الأول) ومن جهة أُخرى، فسح المجال أمام الأطراف الأُخرى فيها لإبداء اعتراضاتها على تحفظات الدول المُتحفظة(الفرع الثاني). الأمر الذي فيه بعض التناقض، مما يقودنا إلى كشف اللبس عن هذا التناقض.

الفرع الأول

دواعي قبول التحفظات على اتفاقية سيداو

تنص م20 من معاهدة فيينا لسنة1969:"1- التحفظ الذي تأذن به معاهدة ما صراحة لا يتطلب أي قبول لاحق من الدول المتعاقدة الأخرى، ما لم تنص المعاهدة على ذلك....4- في غير الحالات التي تتناولها الفقرات السابقة، وما لم تنص المعاهدة على حكم مُخالف فإن: أ- قبول التحفظ من دولة متعاقدة أُخرى يجعل من الدولة المتحفظة طرفاً في المعاهدة بالنسبة إلى تلك الدولة الأُخرى إذا كانت المعاهدة نافذة على هاتين الدولتين أو متى بدأ نفاذها عليها."

استناداً على هذا النص، يتبين لنا أنه وبشكل عام تحفظ دولة ما على اتفاقية دولية، لا يتطلب موافقة بقية الدول الأطراف الأُخرى في الاتفاقية ذاتها لصحة هذا التحفظ، إلا إذا اشترطت الاتفاقية ذلك صراحةً؛ كأن تنص الاتفاقية مثلاً على قبول

1 – طالبي سرور المل، عالمية حقوق الإنسان والخصوصية العربية الاسلامية، المرجع السابق. ص.12.

كافة الدول الأطراف الأخرى في الإتفاقية، لتحفظ الدول المتحفظة. ومن زاوية أُخرى، فإن تحفظ الدول حول نصوص اتفاقية دولية لا يترتب عليه عدم نفاذ هاته الاتفاقية بالنسبة لها، حيث تدخل حيز النفاذ بشكل عادي بالنسبة لجميع الدول الأطراف، بغض النظر عن التحفظات المُبداة من بعض الدول.

وفي نفس السياق، فإن اتفاقية سيداو لا تتطلب لقبول تحفظ دولة على نصوصها موافقة الدول الأطراف الأُخرى. بل تشترط كما رأينا سابقاً عدم مُخالفة التحفظ لموضوع أو غرض الاتفاقية.

وتحليلاً لهذا، نبحث عن الدوافع التي أدت باتفاقية سيداو إلى التصريح بإمكانية إبداء التحفظات من غير قبول الدول الاطراف الاخرى. حيث سننطلق من تبيان الدوافع العامة في المواثيق الدولية، لنُسقطها على اتفاقية سيداو.

وفي هذا السياق، يُؤكد فقهاء القانون الدولي أن أسباب قبول التحفظات أمر منطقي، وذلك لِخدمة الأهداف العليا للمعاهدات. فالسماح بإبداء تحفظات يجعل المعاهات أكثر مرونة، وذلك بانضمام أكبر عدد ممكن من الدول، خاصة في الاتفاقيات التي تُعنى بحقوق الإنسان[1].

هذا، ويُعد الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الصادر بتاريخ 28 أيار 1951 حول صحة التحفظات المتعلقة باتفاقية 09كانون الأول1948 والخاصة بمكافحة جريمة إبادة الجنس البشري، السند في التسهيل في إبداء التحفظات بخصوص اتفاقيات حقوق الإنسان. حيث جاء في هذا الرأي:"مرونة الاتفاقيات المُتعددة الأطراف، وسهولة الطُرق المُتبعة في عقدها، وإلى رغبة الجمعية العامة للأمم المتحدة في إشراك أكبر عدد ممكن من الدول فيها" [2].

1 – طالبي سرور، تحفظات الدول العربية ، المرجع السابق، ص.317.

2 – محكمة العدل الدولية، الرأي الاستشاري المتعلق بالتحفظ على اتفاقية جريمة إبادة الجنس البشري.

وعليه، فالحِكمة واضحة من خلال ما جاء في رأي محكمة العدل الدولية، من كون مُشاركة أكبر عدد ممكن من الدول وانضمامهم لاتفاقيات حقوق الإنسان يَستوجب تمكينهم من آلية إبداء تحفظاتهم عند الإنضمام لهاته الاتفاقيات، مع إمكانية سحبها شيئاً فشيئاً في المستقبل.

ومن جهة أُخرى، ونظراً للتنوع الثقافي، والأيديولوجي الذي تعرفه الدول والأُمم، واختلاف أديانها ومُعتقداتها، الأمر الذي يدفع بالسماح لهاته الدول أن تبدي تحفظاتها حفاظاً على أمنها القانوني.

وإسقاطاً على ماسبق، فإن اتفاقية سيداو، على اعتبارها من بين أهم اتفاقيات حقوق الإنسان التي تُعنى بها الأُمم المتحدة، فإنها تقبل تحفظات الدول من غير قبولها من الدول الأطراف الأخرى. وذلك يرجع زيادة على الأسباب العامة السالفة الذكر إلى أسباب خاصة بهاته الاتفاقية نذكر من بينها:

كون مُؤسسي هاته الاتفاقية على علم قطعي بأن محتواها جد حساس ويَمُس بطريقة مباشرة بالمعتقدات والمكونات الأساسية للأُمم والشعوب، وأن أغلب قوانين الدول المُنظمة لحقوق المرأة مليئة بالأحكام المُختلفة بخصوص المركز القانوني للمرأة [1]

يُضاف إلى هذا، طبيعة اتفاقية سيداو لما لها من أثر على تشريعات الدول الداخلية، ولِما لها من انتشار واسع بين الدول على اختلافاتها السالفة الذكر.

وعليه، أجازت اتفاقية سيداو للدول إبداء تحفظاتها،التي لا تُخالف موضوعها، على إمكانية سحبها مُستقبلاً، وهذا طبقاً لـ م3/28 من اتفاقية سيداو:"يجوز سحب التحفظات في أي وقت.....". ونظير هاته الإمكانية، فقد أفرطت الدول العربية والمسلمة في تفعيلها على اتفاقية سيداو، حيث توصلت الجمعية العامة للأمم المتحدة

1 – طالبي سرور، تحفظات الدول العربية ، المرجع السابق، ص.319.

إلى أن اتفاقية سيداو قد لقيت تحفظات كثيرة مقارنة مع اتفاقيات حقوق الإنسان الأخرى[1].

وفي هذا الإطار، جاء في قرار25-100 للامم المتحدة[2]:"38- ترحب بالعدد المتزايد من التصديقات على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وبسحب التحفظات..... 39-تحث الدول على الحد من نطاق التحفظات التي تُبديها بشأن الاتفاقية، وعلى صياغة هذه التحفظات بأكبر قدر ممكن من الدقة، وفي أضيق نطاق ممكن لضمان ألا تكون التحفظات غير متفقة مع غرض الاتفاقية وهدفها، أو مُخالفة كذلك للقانون الدولي للمعاهدات، وعلى مُراجعة تحفظاتها على نحو مُنتظم من أجل سحبها، وعلى سحب التحفظات التي تكون مخالفة لغرض الاتفاقية وهدفها أو التي لا تتفق كذلك مع القانون الدولي للمعاهدات".

فالقرار جاء واضحاً من حيث السماح للدول بإبداء تحفظاتها، على أفضلية سحبها في المستقبل. وهو ماقامت به الجزائر[3] من خلال تعديل بعض تشريعاتها الوطنية لتتلائم وأحكام اتفاقية سيداو تدريجياً كما أشرنا سابقاً طبقاً لما جاء في تقرير الجزائر المقدم للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة[4] حيث جاء فيه:"... يتطلب إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، الامر الذي يتعذر تحقيقه إلا بالآناة ومرور الوقت ومع رفع المستوى الثقافي. ولهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو **تدريجي**، دون تراجع في مجال الاحوال الشخصية". فالجزائر تنوي رفع تحفظاتها مع مرور الوقت وذلك تدريجياً،

1- Nation Unies, Distr. GENERALE E/CN. 4/Sub.2/1996/20, 11juin 1996.

2 -القرار رقم 52-100 بشان متابعة المؤتمر 4 المعني بالمرأة 1996 والتنفيذ التام لإعلان بكين ومنهاج العمل.

3 - بن عومر محمد الصالح، مواطنة المرأة المغاربية من خلال تشريعات الاحوال الشخصية المغاربية(الجزائر، تونس، المغرب)، الندوة المغاربية الدولية الثانية حول"المواطنة والحكم الراشد في المغرب العربي"، المنعقدة بجامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 23 و 24 سبتمبر 2013.

4- CEDAW/C/DZA/11/09/1998

كتعديل قانوني الأسرة والجنسية سنة 2005[1]. وسَنُعالج هذا الأمر في المبحث الموالي من هاته الدراسة، بعد مُناقشة الاعتراضات التي أبدتها بعض الدول إزاء تحفظات الجزائر في الفرع التالي.

الفرع الثاني

إعتراضات بعض الدول على تحفظات الجزائر على اتفاقية سيداو

على اعتبار أن تحفظات الجزائر تَمُس بغرض وموضوع اتفاقية سيداو، تُعد هاته التحفظات غير مشروعة. لكن وبالرجوع إلى قواعد القانون الدولي العامة نجدها لم ترتب أي أثر قانوني على عدم صحة التحفظات على الإتفاقيات الدولية، كعدم دخول الاتفاقية حيز التنفيذ مثلاً. فالإجراء الوحيد الذي قررته قواعد القانون الدولي في هاته الحالة هو منح الدول الأُخرى الأطراف في المعاهدة إمكانية إبداء الإعتراض إزاء التحفظات غير المشروعة.

هذا، ويجد الإعتراض سنده إنطلاقاً من م20 من معاهدة فيينا لسنة1969التي تنص على أنه:" 4- في غير الحالات التي تتناولها الفقرات السابقة، وما لم تنص المعاهدة على حكم مُخالف فإن: ب- اعتراض دولة متعاقدة أُخرى على تحفظ ما لا يمنع بدء نفاذ المعاهدة بين الدولة المُعترضة والدولة المُتحفظة، إلا إذا عبرت الدولة المُعترضة بصورة قاطعة على نقيض هذا القصد". فيتبين من هذا النص أن الاعتراض دوره محدود في مجال اتفاقيات حقوق الإنسان، ذلك لأنها لا تُنظم مصالح دولة مقابل دولة أُخرى، بل هي تتضمن مبادئ عامة تمس كافة البشرية[2].

---

1 -للإشارة فإن المشرع التونسي عمل على سحب كل التحفظات المتعلقة بسيدا وبموجب المرسوم الصادر برقم 103 لسنة2011، بتاريخ2011/10/24يتعلق بالترخيص في المصادقة على سحب بيان وتحفظات(المواد9/15،2/29،16،4/1.) صادرة عن الحكومة التونسية وملحقة بالقانون عدد 68لسنة1985 المؤرخ في 1985/07/12 المتعلق بالمصادقة على سيداو.

2 - باية عبدالقادر، المرجع السابق، ص .163.

وبالتالي عدم وجود التزامات متبادلة بين الدول، الأمر الذي يتعذر معه تطبيق قاعدة المعاملة بالمثل[1].

ونفس الأمر ينطبق على اتفاقية سيداو، فأحكامها جاءت لحماية حقوق المرأة في العالم ورفع كل أنواع التمييز المُمارس عليها من قبل الدول.

وعليه فاعتراضات الدول على الدول المتحفظة لا أثر لها بالنسبة لهاته الأخيرة[2].

والحال هكذا، فقد عملت لجنة القضاء على التمييز ضد المرأة على تشجيع الدول التي اعترضت على التحفظات الواردة على اتفاقية سيداو على القيام بمُشاورات ثنائية من أجل الوصول إلى حلول قد تُقنع الدول المُتحفظة على سحب تحفظاتها المُخالفة لغرض الاتفاقية[3].

أما فيما يَخص الإعتراضات الموجهة ضد تحفظات الجزائر، فكانت مِنْ قِبل كل من، ألمانيا وهولندا والنرويج و السويد، والبرتغال والدانمرك، حيث جاءت هاته الاعتراضات شبه مُتشابهة[4].

فقد ذهبت هولاندا إلى الإشارة أن الجزائر حاولت من خلال تحفظاتها على اتفاقية سيداو أن تُحدد مسؤولياتها إزاء هاته الاتفاقية، وذلك باستنادها إلى المبادئ العامة لدستورها وتشريعها الداخلي. فرأت هولاندا أن تحفظات الجزائر تُثير الشك فيما يخص التزام الجزائر بموضوع وغرض الاتفاقية، ومن ثَمَ فهي تخرق قواعد القانون الدولي للمُعاهدات.

وبنفس الإتجاه إرتأت ألمانيا أن تحفظات الجزائر غير قابلة للمُطالبة بها، ذلك

1- Rapport du comité sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes,Doc, off. AG NU , 49ème session, pp. 13-15.

2- R.BABADJI, et J. HENRY, op. cit, p87.

3- Nations Unies, Distr.GENERAL E/CN. 4/Sub. 2/1996/20,11juin1996,paragraphe 16.

4 – الموقع الرسمي للمفوضية السامية لحقوق الإنسان: www.unhchr.ch

كونها لم تأخذ بعين الاعتبار النظام القانوني المعترف به للمرأة والطفل في التشريع الألماني، وكذا في اتفاقية سيداو. وهو أمر غريب حقاً، فإذا كان لألمانيا أن تعتبر قانونها الداخلي أساساً للاعتراض على تحفظات الجزائر، فكذلك يحق للجزائر ابداء تحفظاتها استنادا إلى نظامها الداخلي.

وتذهب النرويج إلى أن احتجاج الجزائر بالمبادئ العامة لتشريعها الداخلي أو الديني، يضعها موضع الشك من حيث التزامها بموضوع وغرض الإتفاقية، كما يُعرضها إلى خرق قواعد القانون الدولي للمعاهدات. وتُضيف النرويج الاشارة إلى أن تحفظات الجزائر جاءت عامة وغير مُحددة بدقة ولا تتماشى البتة وموضوع وغرض الإتفاقية، الأمر الذي يترتب عليه بُطلانها طِبقاً لـ م2/28 من اتفاقية سيداو.

ونُخالف هنا رأي النرويج في ترتيب البطلان على تحفظات الجزائر، ذلك أن نص م2/28 كان صريحاً في عدم جوازية إبداء التحفظات المُخالفة لموضوع وغرض الإتفاقية، ولم يُقرر البطلان كأثر لِمُخالفة موضوع وغرض الإتفاقية. وقد سارت الدول الأروبية الثلاث،السويد والدانمرك والبرتغال، على نفس المنوال في اعتراضاتها ضد تحفظات الجزائر، حيث اعتبرتها مُنافية ومُخالفة لموضوع وغرض إتفاقية سيداو وبالتالي هي تحفظات غير صحيحة.

وبالنتيجة فإن اعتراضات الدول الأُوروبية السِتْ كلها تتمحور حول عدم صحة التحفظات الجزائرية لكونها تُعزز التمييز والفوارق بين الجنسين، وبالتالي مُخالفة لموضوع وغرض الإتفاقية طبقاً لـ م2/28 من الاتفاقية.

وللإشار فقط، فقد اعترضت دولة هولندا وحدها على تحفظات المغرب معتبرةً أياها مُخالفة لموضوع وغرض الإتفاقية. واعترضت على تحفظات تونس ثلاث دول

هي ألمانيا وهولندا والسويد وفق نفس الحجج التي اعترضت بها على تحفظات الجزائر[1].

فمن خِلال مُقارنة بسيطة بين اعتراضات الدول الأروبية على تحفظات كل من الجزائر وتونس والمغرب، يتبين لنا بوضوح إزدواجية الدول الاروبية في اعتراضها على هاته الدول. على الرغم من كونها استندت جميعها في تحفظاتها على عدم المساس بتشريعاتها الداخلية للأحوال الشخصية، زيادةً على عدم المساس البتة بأحكام الشريعة الاسلامية. فلماذا لم تعترض ألمانيا والسويد على تحفظات المغرب مثلاً. ولماذا لم تعترض فرنسا على تحفظات الجزائر والمغرب وتونس، بينما اعترضت على تحفظات المملكة العربية السعودية بخصوص م2/9 وذهبت في تعليل ذلك، كون مجرد التحفظ على المواد2 و2/9 و4/15 و1/16و2 من اتفاقية سيداو يمس بموضوعها وغرضها. ولقدت تحفظت كل من الجزائر وتونس والمغرب على هاته المواد.

وكما سبقت الإشارة إليه، فإن اعتراضات هاته الدول على تحفظات الجزائر ليس له أي أثر على دخول الاتفاقية حيز التنفيذ، إنما يترتب عليه تنبيه الجزائر كون تحفظاتها مُخالفة لموضوع وغرض الاتفاقية، مِمَا يتوجب معه محاولة سحبها في المستقبل حتى يَتماشى تشريعها الأسري وأحكام الاتفاقية، وبالتالي إلغاء كافة التشريعات والتنظيمات الماسة بمبدأ المُساواة بين الجنسين في قانون الأسرة بصفة عامة، وبإنشاء عقد الزواج بصفة خاصة.

وأمام هذا الوضع، طالبت لجنة سيداو من الدول المتحفظة، بما فيها الجزائر، أن ترفع تقريراً بشأن هذه التحفظات وتفسيرها تسهيلاً لعملية سحبها[2]. وقد استجابت الجزائر لهذا الأمر من خلال رفعها لتقارير لهاته اللجنة تُبين فيها مدى تمسك الجزائر

1 – طالبي سرور، تحفظات الدول العربية ، المرجع السابق، ص.261.

2 – فيرونيك أرنو،إدراج التشريعات الدولية صلب التشريعات الوطنية، مجلة ديناميكية النوع الاجتماعي، الصادرة عن البرنامج الاقليمي لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الارومتوسطية، العدد4 فيفري 2010. www. euromedgenderquality. Org

بمبدأ تفعيل بنود اتفاقية سيداو، وحرصها على سحب تحفظاتها في المستقبل. ولقد كان تعديل قانون الاسرة سنة 2005 محاولة جادة من المشرع الجزائري لرفع بعض التحفظات ولو بصفة ضمنية، الأمر الذي سنعالجه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني

سحب الجزائر لبعض تحفظاتها على اتفاقية سيداو

ونُعالج هنا بالدراسة والتحليل تقارير الجزائر الاربعة المقدمة للجنة حقوق المرأة، وكذا ردود اللجنة وملاحظاتها وتوصياتها للجزائر في كل ما يتعلق بمساواة المرأة في تأسيس عقد الزواج (المطلب الأول). ثم نبين انعكاس توصيات اللجنة على موقف الجزائر من الاتفاقية، وذلك بسحب بعض التحفظات والإبقاء على الأُخرى، وذلك من خلال الاجراءات والتدابير التشريعية المستحدثة بموجب الامر02/05 (المطلب الثاني).

المطلب الاول

تقارير الجزائر المُقدمة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة

طبقاً للمادة 18 من اتفاقية سيداو فعلى الدول أن تقدم تقاريرها إلى اللجنة من أجل عرض التقدم الذي أحرزته على مستوى المركز القانوني للمرأة في شتى المجالات. وبذلك حرصت الجزائر على تقديم تقاريرها الدورية إلى اللجنة، الأمر الذي سنُنَاقشه في هذا المطلب.

الفرع الأول

التقرير الأولي 1998

ونتناول هنا أهم ما جاء في التقرير من حيث الاحوال الشخصية(أولاً)، ثم نُبين رأي اللجنة في مُحتوى التقرير ونُناقشه(ثانياً).

أولاً- مضمون التقرير: صدر هذا التقرير في 1998/09/01 ، حيث جاء هذا التقرير الأولي بموجب م18 من الاتفاقية، ويتضمن مُختلف الأعمال المتخذة من جانب

السلطات العامة بشأن تعزيز حقوق المرأة في الجزائر، حيث قامت عدة أقسام وزارية ومؤسسات في إعداد هذا التقرير[1].

فمن أبرز ما جاء في هذا التقرير نجد:"وشأنها شأن جميع المجتمعات التي تنتسب إلى العالم العربي الإسلامي فإن حالة المرأة القانونية في الجزائر تتميز بالازدواجية وهكذا فإن المبدأ الدستوري الخاص بالمساواة بين الجنسين **مُحترم بدقة** على صعيد الحقوق المدنية والسياسية. وهو يمنح المرأة صفة المواطنة على قدم المساواة الكاملة. وبقدر ما يتعلق بالأحوال الشخصية فإنها منظمة بقانون الاسرة الذي يستلهم الشريعة جزئياً.ولا توجد أي أحكام تنص على التمييز بين الرجل والمرأة في الجزائر.

وعلى صعيد الأحوال الشخصية، يكشف قانون الاسرة عن إزدواجية أُشير إليها أعلاه. ومن أحكامه التي تلقى أشد المعارضة من حركات الجمعيات هي: –مواصلة الاعتراف الشرعي بتعدد الزوجات(م8).

– السمة الرسمية للالتزام برضا الفتاة في زواجها الأول، حيث تفيد م11 بأن إبرام عقد زواج المرأة يقع على عاتق وصيها الشرعي . وتفيد م12 بأن للاب أن يعترض على زواج ابنته البكر إذا كان ذلك في صالحها.

ولا ينبغي التقليل من شأن هذه التناقضات الظاهرة، بل يجب أن تعالج في ضوء عنصر أساسي هام ينصب على مكانة ودور القانون الاسلامي في إعداد الاعمال القانونية والقضائية في الجزائر. ويمكن اعتبار أن هذه المكانة او هذا الدور بدأ يتضاءل باستمرار من جراء تعقد المشاكل المطروحة في هذا العصر وتداخل الثقافات والعمليات العلمانية الجارية في المجتمع الجزائري. ومنذ الاستقلال فإن التشريع الوحيد الذي تعود مرجعيته إلى الشريعة هو قانون الأسرة، الذي بالرغم من تمسكه حرفياً

1– CEDAW/C/DZA1/11/09/1998

بقواعد معينة تقتضيها الشريعة فإنه سواء من حيث شكله أو من حيث بعض الحلول التي يقضي بها يعتبر محاولة تهدف إلى تحديد دورها.

ومع أن السلطات الرسمية تعتبر أن تجاوز الممارسات البطريركية هدفاً حقيقياً إلا أن ذلك يتطلب الحذر والمثابرة. إن الفرض العنيف للقواعد القانونية غير القابلة للتطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى ابطال الغرض من القانون ويدفع إلى تكريس عدم الثقة التي تسفر عن النزاع بين المشرع والمواطن، بل إلى عدم احترام السلطة العامة بحجة أولوية القانون الالهي ...يتطلب إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، الامر الذي يتعذر تحقيقه إلا بالآناة ومرور الوقت ومع رفع المستوى الثقافي.

ولهذا السبب تنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الاحوال الشخصية.

ويدخل تصديق الجزائر على هذه الاتفاقية في إطار إرادة التحرير التدريجي هذه، وقد أسفر هذا التصديق عن حدوث هيجان داخل المجتمع الجزائري مصحوباً بحركات معارضة متناقضة. وانصب موقف الحكومة على الانضمام إلى الاتفاقية مع وضع بعض التحفظات التي لا تمس كما نرى جوهر اتفاقية بالذات. إن نضوج التطور الاجتماعي والقانوني إزاء الاتفاقية يُسفر عن رفع هذه التحفظات. وأدى هذا الانضمام بالحكومة إلى إجراء تعديلات على قانون الأسرة.

وبهذا قام مجلس الوزراء باعتماد مشروع قانون لتعديل قانون الاسرة في 24ماي1998، وستعرض التعديلات الجديدة على البرلمان خلال فترة انعقاده".

ويضيف التقرير:"إن حقوق المرأة مضمونة في الجزائر بموجب أحكام الدستور التي تكفل المساواة بين المواطنين. وفيما يتعلق باعتماد تدابير قانونية تحظر كا أشكال

التمييز ضد المرأة ، تجدر الاشارة إلى أن مبدأ المساواة بين الجنسين يكفي بذاته، نظراً لأن أي قانون يتعارض معه يمكن أن يلغى من جانب المجلس الدستوري".

يتبين لنا من خلال هذا التقرير اتسامه بالازدواجية في الطرح، والغموض في المعنى، وغرابة بعض المصطلحات. فمن جهة، يرى التقرير أن تحفظات الجزائر لا تمس بجوهر الإتفاقية، ومن ناحية أخرى، تسعى الحكومة لسحب هاته التحفظات ريثما يتعلمن المجتمع الجزائري كُليةً. ويصف التقرير تمسك المجتمع بمبادئه السمحة، والتي تُعد الشريعة إحداها بالممارسات البطريركية. وهو أمر جد خطير يستوجب الرفض والاستهجان والاستنكار. ويشير التقرير إلى إمكانية إلغاء نصوص قانون الأسرة المُخالفة للاتفاقية، من طرف المجلس الدستوري. وهذا فيه تعارض قانوني صارخ مع المادة222 من قانون الأسرة.

وإثر هذا التقرير الأولي للجزائر ردت اللجنة المعنية بالتقرير التالي.

ثانياً- رد اللجنة على التقرير الاولي:

في دورتها العشرون بنيويورك[1]، وبعد الاستماع إلى ممثل الجزائر السيد باعلي[2]، دعت الرئيسة خبراء اللجنة إلى الإدلاء بتعليقاتهم حول تقرير الجزائر الأولي[3].

---

1 -يوم الخميس 21 كانون الثاني/ يناير،1999. برئاسة السيدة غونزاليس.

2 - أشار ممثل الجزائر السيد باعلي، إلى أن الجزائر بعد سنتين وحسب من انضمامها إلى الاتفاقية، تعرف انجازات متواضعة بالقياس إلى ما لا يزال يتعين عمله. وأضاف القو:"إن بعض القيود الاجتماعية تحول دون رفع أشكال التمييز ضد المرأة". ثم أشار إلى أن قانون الاسرة يقوم عى أساس الدستور، الذي ينص على أن الاسلام هو دين الدولة، حيث ينص هذا القانون على الزامية رضى الزوجين كليهما لإتمام الزواج، وبالتالي ايجاد المساواة القانونية بينهما. وذكر أن النتائج التي تحققت إيجابية، خاصة بعد امشاركة الفعالة للجزائر في مؤتمر بيكين. كما أشار إلى أن الجزائر تعمل جاهدة لسحب تحفظاتها بشكل تدريجي. غير أن الاشكال الحقيقي يتعلق بالتحفظ على م16، كون قانون الاسرة مستوحى من الشريعة الاسلامية، ولم يؤن الأوان بعد لإجراء تغييرات جذرية حتى يتطور المجتمع.

3- CEDAW/C/SR.406/1/ Add.1 . 11/09/1998 .

فأشارت السيدة "عويج" إلى أن أوضاع المرأة في الجزائر أوضاع دونية وخضوع تام للرجل. ودعت الحكومة لتصحح أوجه الفشل المذكور لتحقيق مساواة المرأة، عن طريق إصلاح قانون الأسرة، مع قناعتها أن الحكومة ستسحب تحفظاتها ريثما يتطور المجتمع الجزائري. أما السيدة"كورتي" فقد تساءلت عما إذا كان المجلس الدستوري قد أبدى رأيه في قانون الأسرة، الذي ينتهك الدستور الذي يضمن مبدأ المساواة. وذهبت السيدة"آباكا" إلى الإشارة إلى أن تعدد الزوجات مازال قانونياً، وبالتالي فالمرأة تعاني من تمييز واضح. وتساءلت السيدة"شوب- شلنغ" على كون الجزائر نشرت نص الاتفاقية في الجريدة الرسمية، خاصة في ظل عدم وجود أي تشريع وطني لمكافحة التمييز. وأنتقدت السيدة"خان" تشريع قانون للأسرة يتسم بالرجعية، فهو يُسند للمرأة دوراً صغيراً في الشؤون الأُسرية، وأضافت أن الشريعة والإسلام لا يجب أن يُتخذا كذريعة لحرمان المرأة من حقوقها. وانتقدت بدورها السيدة"مانولو" الجزائر بقولها:" قانون الأسرة لا يتماشى والاتفاقية، ولا يمكن للأعراف والتقاليد والدين أن تبرر استمرار التمييز الذي تمارسه الجزائر ضد المرأة".

كما أشارت السيدة "عويج" في موضوع تعدد الزوجات، إلى أن القرآن ينبغي أن يُعاد تفسيره في ضوء تفهم الظروف التي كانت سائدة وقت تنزيل الإسلام، فبالتالي إلغاء التعدد، وإلغاء واجب الطاعة. أما السيدة "أويج" فقد حثت الجزائر على عدم فرض الشريعة على سكانها، على اعتبار أن الزمن تجاوزها[1] .

وقبل أن نُبين رد ممثل الجزائر على رأي الخُبراء، نُلاحظ أنهم أجمعوا على حث الجزائر على سحب تحفظاتها، انطلاقاً من كون الاتفاقية أسمى من قانون الأسرة. غير أن بعض أرائهم جاءت جارحة وغير موضوعية، مثل"وصفهم للشريعة بأن الزمن

1- CEDAW/C/SR.406/1/ Add.1 . 11/09/1998 .

تجاوزها". ووصفهم أياها أنها مجرد "أعراف وتقاليد"، ووصفهم لقانون الأسرة بأنه"رجعي".

وللأسف فإن مُمثل الجزائر لم يُندد باستنكاره لكذا إستقزام لقانون الأسرة، والشريعة الغراء. وبعد إبداء الخبراء لِملاحظاتهم ردَّ ممثل الجزائر السيد "باعلي" بأن الجزائر كفلت المساواة بين الجنسين دستورياً، وأقرت بسمو اتفاقية سيداو على قانون الأسرة، وذلك بموجب قرار المجلس الدستوري الصادر في أوت 1989. وأكد حرص الجزائر الشديد على سحب تحفظاتها تدريجياً.

وأضافت السيدة"بركي"–العضو في الوفد الجزائري– أنه فيما يتعلق بتحديد سن الزواج فإن قانون الأسرة قد حدد السن القانونية للزواج بـ 18 سنة للفتاة، و21 سنة للرجل. ومع ذلك فمن الناحية العملية يُقدر متوسط سن الزواج بـ 26.3 سنة بالنسبة للنساء، و30 سنة للرجال.

وفي نفس الإطار، ردّت السيدة"بن عبدالله" –العضو في الوفد الجزائري– بأنه فيما يتعلق بالوصاية القانونية، إن الأوضاع تغيرت فالوصي القانوني لا يتصرف بالنيابة عن المرأة لإبرام عقد زواجها، فهو يحضر مراسم الزواج فقط، وحضوره له قيمة رمزية لا قانونية.

وتُضيف السيدة"بن عبدالله" الإشارة إلى أن تعدد الزوجات لم يعد جائزاً من دون إذن القضاء. وأنه من الناحية العملية يقتصر التعدد في الجزائر على **زوجتين فقط**، الذي تحول إلى ظاهرة نادرة للغاية، ولا تحدث الا في الأرياف، وبينما كان معدل التعدد عام 1911 يصل إلى 60 في المائة، فهو الآن **أقل من 05 في المائة**[1].

1- CEDAW/C/SR.406/1/ Add.1 . 11/09/1998 .

فمن خلال ما سبق، يتبين لنا أن الوفد الجزائري حاول تبرير تحفظ الجزائر فقط، ولم يسعَ للدفاع عن أسباب إبداء هاته التحفظات. وللأسف فقد خضع لإملاءات اللجنة، بل أحياناً كان أكثر قسوة منها على الشريعة الإسلامية، في الأوصاف الغريبة " الممارسات البطريركية " و"تطور المجتمع". فكان حرياً بالوفد تبيان دور الشريعة في النظام القانوني الجزائري بشكل عام وفي قانون الأسرة بوجه خاص، وأنها مبدأ دستوري لا يجوز المساس به البتة.

الفرع الثاني

التقرير الثاني

ونُناقش هنا أهم ما جاء في التقرير الثاني[1]، من حيث الاحوال الشخصية(أولاً)، ثم نُبين رأي اللجنة في مُحتوى هذا التقرير ونُناقشه(ثانياً).

أولاً- مضمون التقرير:

وعلى صعيد الأحوال الشخصية يكشف قانون الأسرة 1984 عن إزدواجية، فمن أحكامه التي تلقى أشد المعارضة من جانب الرأي العام والمُتخصصين عدة نصوص من أهمها، تعدد الزوجات، والولي، وتحديد سن الزواج، والمهر.

ويجب تناول التناقضات الظاهرة في ضوء عنصر أساسي هام ينصب على مكانة ودور القانون الإسلامي في إعداد الأعمال القانونية والقضائية في الجزائر. ويمكن اعتبار أن هذه المكانة او هذا الدور ليس محدوداً جداً وحسب، بل **بدأ يتضاءل** باستمرار من جراء تعقد المشاكل المطروحة في هذا العصر في مجال تفسير الممارسات الثقافية المختلفة.

وتجدر الإشارة إلى وجود تناقض ظاهري، يتمثل في ازدياد عمليات العلمنة الجارية في الجزائر في المجالات الاجتماعية والثقافية والسياسية والاقتصادية، قد أدى إلى الرغبة في إعادة قراءة قانون الأسرة في ضوء تفسير يجري في بعده التاريخي، وفي

1- CEDAW/C/DZA/02/ 05/02/2003

ضوء تفسير للشريعة والقانون الإسلامي، اللذين يُفترض أنهما استلهما لدى وضع قانون الأسرة يضعهما في ظروفهما التاريخية.

ويُفهم من هذا ضمنياً أنه تطور اجتماعي وتشريعي، حيث بنضج هذا التطور تُرفع تحفظات اتفاقية سيداو. وإلى حد الآن لم يرَ المجلس الدستوري أي مساس لنصوص قانون الأسرة بروح وغرض اتفاقية سيداو.

وبهذا، أُنشئ فريق عمل متكون من خُبراء وفنيين[1] في قانون الأسرة، من أجل تنقيح قانون الأسرة، وذلك بمنأى عن الضغوط والتفسيرات الأيديولوجية.

فمن خلال تقرير 2003، يتبين لنا أنه جاء مُخالفاً لسابقه في 1998، فقد أشار إلى تضاءل دور الشريعة الاسلامية في المجتمع، نتيجة ظهور عدة ثقافات جديدة مختلفة، وبالتالي وجدت العلمانية مكاناً لها في المجتمع. الأمر الذي من خلاله تسنح الفرصة في هذا التوقيت بالذات لإجراء تعديل على قانون الأسرة[2].

ويتبين لنا جلياً أيضاً عدم دقة التقرير وتناقض بعض أجزائه، فمن جهة يرى أن المجلس الدستورى لم يرَ عدم دستورية أي نص، ومن جهة أُخرى يسعى إلى تعديل وإلغاء بعض نصوص قانون الأسرة، لكونها تُخالف أحكام اتفاقية سيداو.

ثانياً- رد اللجنة :

نظرت اللجنة في التقرير الدوري الثاني للجزائر (CEDAW/C/DZA/2) في جلستيها 667 و668 المعقودتين في 11يناير 2005[3]، بعد أن قدم ممثل الجزائر عرضاً بين فيه أن الجزائر تختلف عما كانت عليه في تقرير 1999،وذلك يرجع للتحول

1 – لجنة الـ52 التي أنشأها رئيس الجمهورية لتعد مشروع قانون 02/05 المُعدل والمتمم لقانون11/84.

2 – عبد القادر بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،ص40 وما بعدها.

3 – الملاحظات الختامية للجنة سيداو على التقرير الدوري الثاني للجزائر.CEDAW/C/SR.667.668

التدريجي في السلوك الاجتماعي و الثقافي وتراجع في العقليات والقوالب النمطية السلبية إزاء المرأة. وبهذا اقترحت الحكومة مشروع قانون يعدل ويكمل قانون الأسرة ويكرس المساواة بين المرأة والرجل.

كما أشار الممثل إلى أن قانون الأسرة يشكل الأداة الأساسية لتنظيم العلاقات الأسرية؛ وقد تحتمت مراجعته لأنه لم يشهد أي تعديل منذ عام 1984. وفي عام 2003، استهل رئيس الجمهورية مراجعة ترمي إلى تعزيز مجموعة القوانين المعمول بها لتمكين المرأة من مجابهة التحديات الاجتماعية والتمتع التام والفعلي بالحقوق التي يكفلها الدستور. ومن المنتظر أن مراجعة قانون الأسرة وقانون الجنسية ستمكّن من رفع عدد هام من التحفظات التي أبدتها الجزائر وقت التصديق على الاتفاقية. وترمي التعديلات إلى توحيد سن الزواج الذي تقرر في حدود 19 سنة، والرضا بالزواج وإلغاء الولاية وتعديل أحكام الطلاق.

وبعدها جاءت تعليقات اللجنة الختامية حيث أثنت على الجزائر في تقدمها الملحوظ في بعض المجالات، كالصحة والتعليم العالي[1]، ثم أبدت قلقها من عدم تحسن بعض المواضيع المتعلقة بالأحوال الشخصية.

إذ تأسفت اللجنة لأن الجزائر لم تتخذ خطوات كافية لتنفيذ التوصيات المتصلة ببعض المواضيع التي أُثيرت في تعليقاتها الختامية السابقة المعتمدة في عام (انظر

1 – تعرب اللجنة عن تقديرها للتقدم المحرز في مجال صحة المرأة، بما في ذلك خفض وفيات النوافس والرضع وزيادة معدل وزيادةمعدل العمر المتوقع للمرأة. وتلاحظ اللجنة بارتياح زيادة قيد النساء في مؤسسات التعليم العالي، التي ارتفعت من 39.5 في المائة في عام 1990 إلى قرابة 55.4 في المائة في عام 2003. كما تعرب عن تقديرها لكون الفتيات أصبحن يشكلن 57.53 في المائة من تلاميذ التعليم الثانوي. وترحب اللجنة بزيادة عدد النساء في سلك القضاء، حيث يشكلن قرابة ثلث القضاة، وفي المناصب القيادية مثل رئاسة مجلس الدولة والهيئات القضائية والمحاكم.وتلاحظ اللجنة تحسُّن مشاركة المرأة في الحياة العامة، وترحب بتعيين أربع وزيرات في الحكومة الحالية. وتثني اللجنة على الدولة الطرف لإدراج جريمة التحرش الجنسي في قانون العقوبات المعدل.

A/45/38/Rev.1، الفصل الرابع، الفرع باء – 1). 1999 وعلى وجه الخصوص، ترى أن الدستور ينص في مادتيه 29 و31 على المساواة أمام القانون بدون تمييز، إلا أن المشرع الجزائري لم يُنظم تعريفا للتمييز وفقا للمادة 1 من الاتفاقية، أو أحكاما بشأن الحقوق المتساوية للمرأة، تمشيا مع المادة 2 (أ) من الاتفاقية.

وبهذا، توصي اللجنة بأن يُدرج في الدستور أو في غيره من التشريعات الملائمة تعريف للتمييز تمشيا مع م 1 من الاتفاقية، فضلا عن أحكام بشأن الحقوق المتساوية للمرأة، تمشيا مع المادة 2 (أ) من الاتفاقية.

وفي نفس السياق، تُعيد اللجنة تأكيد ما يساورها من قلق إزاء تمسك الجزائر بتحفظاتها على المواد 2 و2/9 و4/15 و16. وتلاحظ اللجنة أن التحفظات على المادتين 2 و16 تتعارض مع هدف الاتفاقية ومقصدها. ويساور اللجنة القلق إزاء عدم التقدم في مراجعة التشريعات التمييزية. وتعرب عن قلقها خاصة إزاء عدم إتمام مراجعة قانون الأسرة لسنة 1984، مما يديم الأحكام التمييزية التي تحرم المرأة من الحقوق المساوية لحقوق الرجل في المسائل المتصلة بالزواج والحياة الأسرية، منها الولاية وتعدد الزوجات. كما تعرب عن القلق لأن التعديلات المقترح إدخالها على قانون الأسرة لا تشمل إلغاء تعدد الزوجات وحق المرأة في الوصاية القانونية.

وتطلب اللجنة النشر الواسع لهذه التعليقات الختامية في الجزائر حتى يكون عامة المواطنين في الجزائر، بمن في ذلك القائمون على الأجهزة الحكومية والساسة والبرلمانيون والنساء ومنظمات حقوق الإنسان على بينة من الإجراءات التي اتخذت لضمان المساواة القانونية والفعلية بين الرجل والمرأة والإجراءات اللازم اتخاذها مستقبلا في هذا الصدد. كما تطلب أن تنشر باستمرار على نطاق واسع، ولا سيما لدى المنظمات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان، الاتفاقية وبروتوكولها الاختياري، والتوصيات العامة للجنة، وإعلان ومنهاج عمل بيجين وكذا نتائج الدورة الاستثنائية

الثالثة والعشرين للجمعية العامة المعنونة "المرأة عام 2000 المساواة بين الجنسين، والتنمية والسلام في القرن الحادي والعشرين".

فيتبين لنا من تقرير اللجنة أن ملاحظات الخبراء جاءت أكثر شدة، واستنكار للحكومة الجزائرية لعدم احترامها لغرض وموضوع اتفاقية سيداو، وذلك لعدم اتخاذ تدابير تشريعية من شأنها المواءمة مع نصوص الاتفاقية، ورفع كل أشكال التمييز ضد المرأة في الجزائر في مجال إبرام عقد الزواج خاصةً. حيث انتقدت المُشرع كونه لم يُعطِ تعريفاً للتمييز، ولم تسحب الجزائر تحفظاتها على الاتفاقية. كما انتقدتها أيضاً لكون مشروع تعديل قانون الأسرة لم يتضمن إلغاءاً نهائياً لنظام تعدد الزوجات.

الفرع الثالث

التقريران الثالث والرابع

أولاً–مضمون التقريرين:

طبقاً لـ م 18 من الإتفاقية، قدّمت الجزائر إلى اللجنة حتى الآن تقريرين، تقريرها الأولي (CEDAW/C/DZA/1) في 21 و 26 يناير1999، ثم تقريرها الدوري الثاني (CEDAW/C/DZA/2) في 11يناير2005. ويأتي هذا التقرير الدوري الأخير موحّد، إذ يتضمن التقريرين الثالث والرابع مجمّعين في وثيقة واحدة في 18ماي2009 [1].

وقد ردّت الحكومة على بعض التوصيات المُوجهة لها، حيث بررت تمسك الجزائر بتحفظها على م2 من الاتفاقية[2]، وذلك على اعتبار أن هذه المادة التي تعرّف

1-CEDAW/C/DZA/3-4/ 24/05/2010

2 – للإشارة فقط بخصوص التحفظات الأخرى فإن تحفظ الفقرة 2/9 ، الذي صيغ بموجب قانون الجنسية القديم، قبل الإصلاح المعتمد في عام 2005 لم يعد قائما. فقد أعلن رئيس الجمهورية بمناسبة يوم المرأة في 8 مارس 2008 سحب هذا التحفظ.وصدر في العدد 5من الرائد الرسمي المؤرخ 21 يناير 2009 الأمر الرئاسي 08–426 القاضي بسحب هذا التحفظ. وبخصوص م 4/15 من الاتفاقية، صيغ التحفظ كما يلي "تعلن حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية والشعبية أن أحكام م 4/15 ، ولا سيما تلك التي تتعلق بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها لايجب أن تفسّر على نحو يجعلها تتعارض مع أحكام الفصل 4 (المادة 37) من مجلة الأسرة الجزائرية".

إن اختيار مكان السكنى أو الإقامة يتعلق بجوانب الزواج التي تُرك تقريرها، بصورة كاملة لتقدير الزوجين، إما في وقت ابرام عقد الزواج أو في وقت لاحق بواسطة وثيقة مصدّق عليها، بموجب م 19 من مجلة الأسرة التي

مفهوم التمييز ضد المرأة تنص على إجراءات يجب أن تتخذها الدول لمكافحة جميع أنواع التمييز، ولاسيما اعتماد تدابير تشريعية. وتأسيس حماية قانونية للمرأة، واتخاذ تدابير مناسبة لتعديل وإلغاء كل نص تنظيمي وكل عادة أو ممارسة تشكل تمييزا ضد المرأة.

وقد ثبت بوضوح أن عدم التمييز يندرج ضمن المبادئ الرئيسية المكرّسة في الدستور والتشريع واللوائح التنظيمية الجزائرية. وتشجع هذه الأخيرة ممارسة الحقوق المدنية والسياسية، والحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية للمرأة في جميع ميادين الحياة الوطنية. وتخضع الحياة الشخصية للشريعة، ولاسيما الإرث الذي تحكمه قواعد ربّانية تنطبق على المسلمين. وهذه القواعد جبرية لايمكن المساس بها.

أما عن قانون الأسرة، فقد وجب تعديله وفقا للتحوّلات التي شهدها المجتمع الجزائري ومطالبات العديد من شرائح المجتمع من جهة، وبُغية مواءمتها مع الاتفاقيات الدولية، ولاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة واتفاقية حقوق الطفل من جهة أخرى.

وقد لاحظت لجنة –52– أن الأسرة الجزائرية تطوّرت من أسرة يرأسها الزوج إلى وحدة عائلية تقوم على أساس تقاسم المهام والتعاون فيما بين الرجل والمرأة[1].

وهكذا، فإن التغييرات الرئيسية التي أدخلت بموجب الأمر الرئاسي 05–02 المؤرخ 27 فبراير 2005 على القانون 84–11 المؤرخ 9 جوان1984 والمتضمّن لقانون الأسرة تتناول ما يلي:

تنص على أنه: "يمكن للزوجين أن ينصا في عقد الزواج أو في عقد مصدّق عليه في وقت لاحق، على أي حكم يريانه مفيدا، وبخاصة فيما يتعلق بتعدد الزوجات وبعمل المرأة ...". وفي واقع الحياة اليومية أصبح هذا التحفظ بدون مفعول. وبسبب التحولات الاجتماعية – الاقتصادية يُضطر مادّيا العديد من الأقران المتزوجين، على عدم التعايش في نفس المسكن نتيجة لبعد مقرّ عمل القرين.

1 – عبد القادر بن داوود، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، المرجع السابق،ص40 وما بعدها.

أ-**الزواج:** أصبح الزواج يُعتبر في قانون الأسرة عقدا توافقيا يتطلب موافقة زوجي المستقبل. وقد ترتّب على ذلك الإلغاء التام لممارسة الزواج بالإنابة(الولاية). وبالفعل، فإن المادة 9 تنص على أن "عقد الزواج يُبرم بموافقة الزوجين معا". وتُعتبر الموافقة بحكم القانون ركناً مؤسسا للزواج. وفي صورة عدم الحصول على موافقة أحد الطرفين أو الطرفين معا يكون الزواج عرضة للإبطال وبإمكان أي شخص معني، بمن في ذلك الطرفين، أن يطلب إبطاله عن طريق العدالة(م33ق.أ المعدلة).

وتتضمن م13 المعدلة من الأمر 02/05 على أنه **ممنوع على الولي**، سواء كان الأب أو شخصا آخر، أن يُرغم على الزواج الشخص القاصر الموجود تحت ولايته، كما أنه لا يمكنه تزويجه بدون رضاه. وفضلا عن الموافقة، يجب أن تتوفّر في الطرفين في الزواج القدرة الكاملة على عقد القران.

وقد حُدّدت السن القانونية لتوفّر القدرة على عقد الزواج بتسع عشرة (19) سنة كاملة، وفي هذا شكل من أشكال الضمان لصون حقوق الشخص المعني، ولاسيما المرأة، الذي يمكنه هكذا أن يبدي موافقته عن دراية.

ويعرف قانون الأسرة الجديد، في م36، الحقوق والواجبات التي يجب أن يلتزم بها القرينان. وهكذا فإن مفاهيم طاعة الزوج واحترام والديه وأقاربه قد أُلغيت ولم يحلّ مكانها سوى حقوق وواجبات متبادلة فيما بين الزوجين.

ب-**تعدد الزوجات:** يشكل تعدد الزوجات حالة استثنائية في المجتمع الجزائري[1]. وقد أضاف المشرّع قيود وضوابط مشدّدة زادت من صعوبة ممارسته. وبالفعل، فإن الأمر 02/05 قد فرض قواعد جديدة يتحتّم على الزوج احترامها.

1 - جاء في التقرير أن:" الزواج المبكر وتعدد الزوجات ظاهرة تشمل الفتيات دون الخامسة عشرة 0.8 في المائة من مجموع النساء في الفئة العمرية من 15 إلى 49 سنة في حين أن نسبة النساء المتزوجات قبل بلوغ سن 18 سنة (السن القانونية للزواج) تمثل 7.8 في المائة من النساء في نفس الفئة العمرية (في وقت اجراء التحقيق).

وبهذا، يتحتّم على الزوج أن يحصل على موافقة صريحة من زوجته الأولى وكذلك من زوجته المقبلة لكي يتمكن من عقد زواج جديد، والحصول على إذن من رئيس المحكمة. والقاضي مطالب بالتحقق من أن الطلب المقدّم له ما يبرّره وأن الزوج له القدرة على تحقيق المساواة والظروف اللازمة للحياة الزوجية بالنسبة للزوجتين.

فمن خلال الدراسة القانونية المتأنية للتقريرين الثالث والرابع، في مجال إبرام عقد الزواج، يتبن لنا أن المشرع كانت رغبته قوية في رفع بعض التحفظات على الاتفاقية، وذلك بتعديل كل من قانون الأسرة وقانون الجنسية سنة 2005، وذلك بإلغاء بعض النصوص التمييزية في كل منهما.

أما فيما يخص التحفظ الوارد على م2، فإن الجزائر كانت صريحة في عدم سحبه لكونه يمس بنصوص "جبرية". وبالمقابل فقد عززت الجزائر من مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج، بموجب الإجراءات والتدابير التشريعية التي تضمنها الأمر 02/05، حيث أصبع عقد الزواج عقد رضائي، وتم إلغاء نظام ولاية الإجبار، كما تم المساواة بين الرجل والمرأة في سن الزواج(19سنة)، إضافة إلى زيادة ضوابط وقيود مشددة على نظام تعدد الزوجات، حيث جاء في التقرير أنه لايشكل نسبة كبيرة فهو يشمل فقط المتقدمات في العمر(فوق40سنة)، وتم إلغاء واجب طاعة الزوج وحل محله مبدأ التعاون المُشترك بين الزوجين لرعاية شؤون أسرتهما.

وفي حين يبدو أن الزواج المبكر ظاهرة تتعلق بصورة رئيسية بالأجيال السابقة (21.1 في المائة من النساء في سن تتراوح بين 45 و 49). يتعين الإشارة، نظرا لوجود هذه الظاهرة نسبيا في أوساط النساء الأدنى سنا، إلى أن الأمر يتعلق باشكالية مستمرة. وبالفعل، فإن الزواج المبكر يشمل كل أجيال النساء منذ سن العشرين، أي 1.8 في المائة من النساء في الفئة العمرية من 20 إلى 24 عاما و 50.9 في المائة من النساء اللاتي تتراوح أعمارهن من 30 إلى 34 عاما.

وفضلا عن ذلك، فإن 4.4في المائة من النساء المتزوجات اللاتي تتراوح أعمارهن من 15 إلى 49 عاما تزوجن في إطار تعدد الزوجات. وتزداد هذه النسبة بانتظام مع تقدم في السن : ترتفع من 1.9 في المائة من النساء الشابات في سن 20-24 إلى 6.1في المائة من النساء في سن 45-49 عاما".

ولقد ورد في التقرير مُغالطة، عندما ذهبت الجزائر إلى اعتبار أن **شرائح عديدة** من المجتمع، هي من كانت وراء المُطالبة بتعديل قانون الأسرة، ذلك أن العكس هو الصحيح.

ثانياً- رد اللجنة

تجدر الإشارة إلى أن الحكومة الجزائرية قد ردت على أسئلة الفريق العامل لما قبل الدورة (CEDAW/C/DZA/Q/3-4) التابع للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة[1].

وأكدت الجزائر أن الغرض من التحفظ على المادة 2 من الاتفاقية هو تفادي التعارض بين أحكام هذه المادة مع أحكام قانون الأسرة.أما التحفظات على المادة 16 من هذه الاتفاقية، فمن المتوقع أن تُرفع نتيجة لتعديل قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05- 02 المؤرخ 27 فبراير 2005.

وفيما يخص التحفظ الذي يتناول المادة 15 المتعلقة بحق الأشخاص في التنقل بحرية وحقهم في اختيار سكناهم ومكان إقامتهم، فلا علاقة له بقانون الأسرة الحالي. وهذا التحفظ لم يعد له لزوم بحكم الواقع.

أما إلغاء تعدد الزوجات، فهي مسألة غير مطروحة في الوقت الحاضر (علماً بأن هذه الممارسة شبه منعدمة في واقع المجتمع الجزائري، فنسبة حدوثها لا تكاد تصل إلى 1 في المائة حسب الإحصائيات) [2].

---

1 – CEDAW/C/DZA/Q/3-4/Add.1

2 – CEDAW/C/DZA/Q/3-4/Add.1

وبأخذ قانون الأسرة الجديد بمبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين الزوجين، باتت مسألة رضا الزوجين ركناً أساسياً في إبرام عقد الزواج. وبذلك أصبح دور الولي بالنسبة للمرأة الراشدة التي تعقد زواجاً يقتصر على الحضور فقط، ولا ينتقص ذلك من قدرة المرأة على إبرام عقد الزواج. أما زواج القاصر (ذكراً كان أو أنثى) فينعقد عن طريق ولي أمره، أي الأب أو أحد الأقربين. ونفس الأمر، فإن م13 من الأمر 05-02 المؤرخ 27 فبراير 2005، ، تمنع على ولي الأمر، سواء كان الأب أو أي شخص آخر يقوم مقامه، إجبار القاصر الذي يتولى الولاية عليه على الزواج ولا أن يزوجه دون رضاه.

هذا، وتعكف الجهات المعنية على بحث مسألة الإنضمام إلى البروتوكول الاختياري والتعديل على الفقرة 1 من المادة 20 من الاتفاقية.

وبالرجوع إلى ردود اللجنة، فإنها نظرت في التقرير الجامع للتقريرين الدوريين الثالث والرابع للجزائر (CEDAW/C/DZA/3-4) في جلستيها 1031 و1032 المعقودتين في 22 فبراير 2012[1].

إذْ تُلاحظ اللجنة إلتزام الجزائر بمواصلة تحسين تشريعاتها وسياساتها من أجل تنفيذ أحكام الاتفاقية تنفيذاً كاملاً، وهو ما يقتضي، في جملة أمور أخرى، مراجعة قانون الأسرة لعام 1984 وتعديله بما يتوافق والتزامات الدولة الطرف بموجب الاتفاقية، وسحب الدولة الطرف تحفظاتها على م2 والفقرة 4 من م15 وم16 من الاتفاقية. وترحب اللجنة بإصدار الجزائر، منذ عام 2005، تدابير تشريعية ترمي إلى القضاء على التمييز ضد المرأة، ومنها ما يلي:

1 - CEDAW/C/SR.1031 و CEDAW/C/SR.1032.

أ–تعديل الدستور في عام 2008، قضى بإعادة التأكيد، في المادة 31 مكرراً منه، على التزام الدولة بالعمل على "ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة".

ب–تعديل قانون الجنسية في عام 2005، قضى بتمكين الأبناء من اكتساب جنسية الأم، تماشياً مع مبدأ المساواة بين الجنسين (م6) وتمكين الرجل المتزوج من جزائرية من اكتساب الجنسية الجزائرية (م9 مكرراً).

ج–التعديلات على قانون الأسرة بموجب الأمر رقم 05–02 المؤرخ 27 فبراير 2005، قضت بأن الوليّ، أباً كان أو من الأقارب، لا يجوز له إكراه القاصرة، التي هي في ولايته، على الزواج.

وعلى الرغم من هذا التطور الملحوظ في تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين إلا أن اللجنة لا زال يساورها القلق. وبذلك تُشير اللجنة إلى التزام الجزائر بأن تنفِّذ بشكل منهجي ومستمر جميع أحكام الاتفاقية، وتنظر في دواعي القلق والتوصيات المحدّدة في هذه الملاحظات الختامية باعتبارها تتطلّب أولوية اهتمام الدولة الطرف منذ الآن وحتى تقديم التقرير الدوري المقبل(تقصد الخامس).

وعليه، تحث اللجنة الجزائر على التركيز على تلك المجالات في أنشطتها التنفيذية والإبلاغ بما ستكون قد اتخذته من إجراءات وحققته من نتائج في تقريرها الدوري المقبل. وتهيب اللجنة بالجزائر أن تنشر هذه الملاحظات الختامية على جميع الوزارات المعنية والبرلمان (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) والسلطة القضائية، لضمان تنفيذها تنفيذاً تاماً.

وبالنظر إلى أهمية توافر بيانات موثوقة عن الحالة الديمغرافية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية في الجزائر، تهيب اللجنة بالدولة الطرف أن تقدم وثيقتها الأساسية المشتركة وفقاً لشروط تقديم الوثائق الأساسية المشتركة الواردة في المبادئ

التوجيهية المنسقة لتقديم التقارير بموجب معاهدات حقوق الإنسان الدولية (HRI/GEN.2/Rev.6، الفصل الأول). وينبغي أن تعكس الوثيقةً الأساسية المشتركة، في جملة مسائل أخرى، معلومات محدّثة بشأن مساواة المرأة في كل مايتعلق بشؤون الأسرة.

أما فيما يخص تحفظات الجزائر، فإن اللجنة ترحب بسحب الجزائر تحفظها على م2/9 من الاتفاقية، وإذ تحيط علماً بالمعلومات الواردة من الجزائر ومؤداها أن التحفظ على المادة 15 لم يعد له غرض وجيه. وتكرر اللجنة قلقها إزاء إبقاء الجزائر على تحفظاتها على المواد 2 و م4/15 وم16 من الاتفاقية. وإذ تلفت اللجنة الانتباه إلى بيانها بشأن التحفظات (A/53/38/Rev.1، الجزء الثاني، الفقرة 6) وإلى توصيتها العامة 21(1994) بشأن المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية، تكرر اللجنة تأكيد رأيها أن التحفظ على المادتين 2 و16 يتعارض مع الغرض من الاتفاقية ومقصدها، وبالتالي فهو غير جائز بموجب الفقرة 2 من المادة 28 من الاتفاقية.

وبهذا، تحث اللجنة الدولة الطرف على ضمان تنفيذ الاتفاقية تنفيذاً كاملاً وتوصي، لهذه الغاية، بأن تضطلع الدولة الطرف بما يلي:

أ-أن تقدم معلومات وافية عن أثر تحفظاتها على تنفيذ أحكام الاتفاقية ووضع المرأة في الجزائر.

ب- أن تسرّع الإصلاحات التشريعية، لا سيما تلك المتعلقة بقانون الأسرة، ليتسنى لها سحب تحفظاتها على المواد 2 و م4/15 وم16 من الاتفاقية في ظرف زمني محدد.
كما تلاحظ اللجنة أن المعاهدات الدولية من قبيل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة تتمتع، بناءً على المادة 132 من الدستور، بالأسبقية على القانون المحلي، ولكنها تعرب مجدداً عن قلقها من أن هناك عدم وضوح فيما يتعلق بإمكانية تطبيق الاتفاقية بصورة مباشرة وأسبقيتها على القوانين الوطنية حيث لم تُعرض أي

حالة متصلة بتطبيق أحكام الاتفاقية على المحاكم الوطنية حتى الآن، وفقاً لما أوردته الدولة الطرف.

وإثر هذا، توصي اللجنة الجزائر بمراجعة وتعديل الأحكام التمييزية الواردة في قانون الأسرة، وبأن تقوم بوجه خاص بما يلي:

أ-استعراض أثر شرط حضور الولي عند زواج امرأة بلغت سن الرشد.

ب-التثبيط على عدم تعدد الزوجات وحظر التعدد ممارسةً وقانوناً، وفقاً للتوصية العامة رقم 21 الصادرة عن اللجنة.

وفيما يتعلق بإعداد التقرير المقبل للجزائر، تطلب اللجنة إلى الجزائر أن تكفل المشاركة الواسعة لجميع الوزارات والهيئات العامة في إعداد تقريرها الدوري المقبل، وأن تستشير، خلال هذه المرحلة، طائفة متنوعة من المنظمات النسائية ومنظمات حقوق الإنسان.

وتطلب اللجنة إلى الجزائر أن تستجيب، في تقريرها الدوري المقبل الذي يقدم بموجب المادة 18 من الاتفاقية، للشواغل المُعرب عنها في هذه الملاحظات الختامية. وتدعو اللجنة الجزائر إلى تقديم تقريرها الدوري المقبل في شباط/فبراير 2016. [1]

وخلاصةً لما تضمنه التقريران الثالث والرابع، وعلى الرغم من تعديل قانون الأسرة، حتى تتلاءم نصوصه مع الاتفاقية، فإن اللجنة تحث الجزائر أن تسحب كل تحفظاتها على المواد 2 و م4/15 وم16 من الاتفاقية و في ظرف زمني محدد. وذلك يرجع لكونها تُخالف جوهر وموضوع الاتفاقية. كما أوصت اللجنة الجزائر بأن تقدم تقريرها اللاحق-عن المساواة في كل ما يتعلق بالزواج- مشفوعاً بالأرقام والحصائيات الحديثة والمحيّنة.

1 - مجلة ديناميكية النوع الاجتماعي، الصادرة عن البرنامج الاقليمي لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الارومتوسطية، العدد3 أكتوبر 2009. www. euromedgenderquality. Org

ونُؤيد موقف الجزائر في ردها عن عدم سحب التحفظ الوارد على م2، كون فحوى م2 لايتماشى وأحكام قانون الأسرة الجزائري المستمدة من الشريعة الإسلامية. ونفس الموقف بالنسبة لمسألة تعدد الزوجات، فالجزائر أصرت على عدم إلغائه، وبررت بأنه غير ممارس بشكل كبير وواسع الانتشار في الجزائر فهو يشكل نسبة 0/01. كما أنه لا يمس بمبدأ المساواة.

للإشارة فقط، فهناك مسألة جوهرية تخل بمبدأ المساواة في نظر الغرب، ألا وهي مسألة تحريم أو حظر زواج المسلمة بغير المسلم، فهاته النقطة لم تتطرق اليها تقارير الجزائر الأربعة، ولم تُثِرْهَا اللجنة في أي رد لها. غير أن المجلس الاقتصادي والاجتماعي أثار هاته النقطة عند نظره في تقرير الجزائر الثالث والرابع، من قبل اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[1]، بشأن تنفيذ العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية[2]، حيث لاحظت اللجنة أنه على الرغم من تعديل قانون الأسرة، إلا أنه لا يزال يسمح بتعدد الزوجات، ولم يلغِ شرط الولي، وأن م30ق.أ تحظر زواج المرأة المسلمة من غير المسلم.

وبهذا أُوصت اللجنة الجزائر بإجراء تعديل آخر على قانون الأسرة، لتضمن إلغاء تعدد الزوجات، وإلغاء شرط الولي، وأن يُعترف بالزواج الذي يقع بين مسلمة وغير مسلم اعترافاً قانونياً كاملاً وبدون استثناء[3].

1- E/C.12/DZA/CO/4 2010ماي/أيار/3-21، جنيف، 44، الدورة المجلس الاقتصادي والاجتماعي، .

2 - E/C.12/DZA /4

3 – ترى نادية آيت زاي أن قانون الأسرة في شكله الحالي يعد عائقا في وجه وفاء الجزائر بالتزاماتها الدولية اتجاه الاتفاقيات التي وقعتها، مثل الاتفاقية الخاصة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد النساء "سيداو"، التي تحفظت الجزائر بشأن بعض بنودها التي تتعارض مع بعض المواد التي يحتويها قانون الأسرة، وقد عقدت آيت زاي، مقارنة بين الدستور بصفته "اسمي أشكال القوانين الذي يكفل الحرية والمساواة لجميع المواطنين بدون اعتبار للجنس، العرق والدين، لكن الممارسات الناجمة عن تحويل بعض الأعراف والممارسات الاجتماعية إلى قوانين معمول بها يجعل من كافة القرارات التي يتم اتخاذها في اتجاه محاربة أشكال التميز غير قابلة للتفعيل. وربطت نادية آيت زاي، بين ما وصلت إليه المرأة في المجال العام وما يقابله من تمييز في ممارسة حقوقها المدنية، داعية إلى "علمنة" قوانين الأحوال الشخصية بما يكفل المساواة بين الجنسين. أنظر، زهية.م، آيت زاي تدعو إلى"علمنة"

وتفريعاً عما سبق، فإن الجزائر حاولت قدر الإمكان تعديل وإلغاء بعض نصوص قانون الأسرة التمييزية، وذلك من أجل موائمتها مع اتفاقية سيداو، حتى تنسجم نصوص قانون الأسرة مع معاهدة سيداو التي تسمو عليها، وبالتالي مع الدستور الأسمى عليهما معاً. الأمر الذي سنناقشه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني

الإجراءات والتدبير التشريعية المستحدثة بموجب الأمر 02/05 لتفعيل مبدأ المساواة بين الزوجين

ونتناول في هذا الفرع بالدراسة والتحليل، تأصيل وإسقاط نصوص قانون الأسرة التمييزية[1]، على نصوص اتفاقية سيداو المقابلة لها. حيث سنبين مدى توافق النصوص المستحدثة(02/05) مع نصوص اتفاقية سيداو[2]، وذلك في كلما يتعلق بالخطبة،ثم الأهلية القانونية للزواج(الفرع الأول)، والنصوص التي بقيت مُنافية لِنصوص سيداو، والمتمثلة في إلغاء ولاية الإجبار، وتقييد تعدد الزوجات(الفرع الثاني)

الفرع الأول

توافق نصوص قانون الأسرة مع اتفاقية سيداو(في تأسيس عقد الزواج)

لا أثر لنصوص قانون الاسرة المتعلقة بالخطبة وسن الزواج القانونية على مبدأ المساواة، ذلك أنها لا تتعارض مع نصوص اتفاقية سيداو، من حيث تجسيدها للمساواة القانونية بين الجنسين[3].

قانون الأسرة وحفيظة شكير تعرض تجربة التونسيات بعد الثروة، يومية الفجر، العدد228624، http://www.al-fadjr.com.2012/10/23

1 – تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر، المرجع السابق،ص 12. إذ يرى الدكتور تشوار أن لجنة حقوق المرأة CSW مارست ضغوطاً كبيرة على بعض الدول ومن بينها الجزائر، من أجل سحب تحفظاتها والمصادقة على اتفاقية سيداو كاملةً. الأمر الذي دفع بالجزائر إلى تعديل بعض نصوص قانون الأسرة.

2 – طالبي سرور ر، تحفظات الدول العربية ، المرجع السابق، ص154–156

3– Hammoutène Hamid , Réflexion sur le statut de la femme en droit algérien de la famille, El-mouhamat, Revue des avocats de la région de Tizi-ouzou, N°5- Mars2007, p.11 et ext.

أولاً–المساواة في مواد الخطبة بين الرجل والمرأة

تنص م2 :"تشجب الدول الاطراف جميع اشكال التمييز ضد المرأة وتوافق على ان تنتهج بكل الوسائل المناسبة ودون ابطاء، سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقا لذلك تتعهد بالقيام بما يلي:

و–إتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع، لتعديل أو إلغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة، التي تشكل تمييزاً ضد المرأة."

فقد رأينا سابقاً أن الجزائر أبدت تحفظها على هذا النص، مالم يتعارض وأحكام قانون الأسرة. وبالرجوع إلى موضوع الخطبة، نجد أن ملاحظات وتوصيات لجنة حقوق المرأة لم تولي إهتمام وعناية لهذا الموضوع، من حيث كون نص م5 ق.أ يشكل تمييزاً بين الخاطب والمخطوبة. وعلى الرغم من ذلك فقد عمل المشرع الجزائري في تعدله الجديد(02/05) على محاولة إيجاد نوع من المساواة بين الخطيبين على مستوى كل مراحل الخطبة، بدءاً بالمبادرة إلى غاية العدول والتعويض، طبقاً لـ م1/16–ب من سيداو:"نفس الحق في حرية اختيار الزوج".

1– فقد كرس المشرع الجزائري[1] في قانون الأسرة الجديد (م1/5)، المساواة بين الجنسين في الإعلان أو المبادرة بالخطبة من الرجل أو المرأة. وهذا استناداً لما جاء في الشريعة الإسلامية التي ساوت بينهما في المبادرة بها[2]

غير أنه نظراً لطابع الحياء والفطرة الأنثوية، يجعل من المرأة أن لا تُقبل على إبداء طلبها في خطبة الرجل، وكذلك الأمر بالنسبة للأعراف والتقاليد السائدة في المجتمع الجزائري المحافظ،الأمر الذي من خلاله يبقى على ولي المرأة ان يبادر باختيار الرجل الصالح لمُوليته حفاظاً على كرامتها وسمعتها.

2– ونفس الأمر بالنسبة للعدول عن الخطبة. فبما أن الخطبة وعد بالزواج فقد ذهب المشرع الجزائري إلى إعطاء الحق لكل طرف في العدول عنها ، حيث تنص المادة

1 – نصر سلمان وسعاد سطحي ، المرجع السابق، ص.20؛ محمدمحدة، المرجع السابق، ص.8،9؛ عبد القادر الداودي، المرجع السابق، ص.34 .

2 – احمد الحصري، المرجع السابق ، ص.40 وما بعدها.

2/5 ق.أ على أنه " **يجوز** للطرفين العدول عن الخطبة ".غير أنه، يُستقبح العدول عن الخطبة و إلغاؤها بلا سبب جدي.

3- المساواة في التعويض عن ضرر العدول، حيث لا يترتب أي تعويض بمجرد العدول عن الخطبة. أما إذا صاحب العدول ظروف مستقلة كان من شأنها وقوع الضرر فيتوجب عندئذ التعويض من الطرف العادل. وهو الأمر الذي ذهب إليه المشرع الجزائري عندما نص في م3/5 ق.أ :« إذا ترتب عن العدول عن الخطبة ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض.»

4-المساواة في رد الهدايا، حيث أكد المشرع الجزائري في تنظيمه لمسألة إسترداد الهدايا من الخاطب أو المخطوبة على مبدأ المساواة بين الرجل و المرأة.

وهذا الإشكال يثور غالباً، عند ما تكون قيمة هاته الهدايا باهضة الثمن و مكلفة جداً. و تكون أيضاً الهدايا كثيرة و متنوعة خاصة في حالة طول فترة الخطبة بين الخطيبين فقد تمتد الخطبة أحياناً لأكثر من ثلاث سنوات[1]. وقد عمل المشرع على رفع النصوص التمييزية ومحاولة التدقيق في هذا الشأن في النصوص الجديدة.

موقف المشرع الجزائري قبل تعديل قانون الأسرة : كانت م05 ق.أ في فقرتيها الثالثة و الرابعة تنص: « لا يسترد الخاطب شيئاً مما أهداه إن كان العدول منه . -و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها رد ما لم يستهلك ». فيتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري قد مارس التمييز ضد الرجل، فإن كان العدول منه فليس له الحق في طلب إسترجاع الهدايا التي قدمها للمخطوبة، أما إذا كان العدول من المخطوبة،

1- من بين أهم أسباب طول فترة الخطبة في الجزائر نجد أزمة السكن. فقد جاء في تقرير اللجنة المعنية بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لدى نظرها في تقرير الجزائر الثالث والرابع، أن:"اللجنة شديدة القلق إزاء الندرة الحادة في السكن في الجزائر...إزاء تدني مستوى تنفيذ مشاريع البناء الرسمية، والتدني غير المناسب في مستوى الميزانية المرصودة للسكن، حيث تفوقها ميزانية الدفاع الوطني بأربعين مرة في عام 2010." أنظر: - المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الدورة 44، جنيف، 3-21/أيار/ماي2010. E/C.12/DZA/CO/4

فللخاطب في هاته الحالة أن يطلب إسترداد هداياه.

موقف المشرع الجزائري بعد تعديل قانون الأسرة: تنص م04/05و05 (الأمررقم02/05) :« لا يسترد الخاطب من المخطوبة شيئاً مما أهداها إن كان العدول منه ، وعليه أن يرد للمخطوبة مالم يستهلك مما أهدته له أو قيمته. –و إن كان العدول من المخطوبة، فعليها أن ترد للخاطب مالم يستهلك من الهدايا أو قيمتها » .

فيتبين من خلال التعديل لنص المادة 05 ق.أ ، أن المشرع الجزائري ساوى بين الطرفين في مسألة رد الهدايا بعد العدول ، سواء كانت الهدايا مقدمة من طرف الخاطب أو مقدمة من طرف المخطوبة. ولا فرق في ذلك إن كان العدول من طرف الخاطب أومن طرف المخطوبة، و هو ما أشار إليه الدكتور بلحاج العربي حينما قال :" فإن تعديل عام 2005 م للمادة الخامسة ق.أ ، أقر مبدأ المساواة بين الخطيبين في إسترداد الهدايا" [1].

وبالنهاية فإن نصوص الخطبة تشمل مساواة قانونية بين الرجل والمرأة، وبالتالي هي منسجمة مع أحكام سيداو، ولا تعارض بينهما. على مستوى المبادرة بالخطبة من الرجل أو المرأة، أو على مستوى العدول عنها، وكذا المساواة في التعويض عن ضرر العدول، وأخيراً المساواة في رد الهدايا بعد العدول.

ثانياً–المساواة في الأهلية القانونية للزواج:

تنص م15 من سيداو:"2– تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل...وتكفل للمرأة،بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود....

4–تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالقانون المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم. ". وتنص م2/16:"لا يكون لخطوبة

1 –بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري وفقاً لآخر التعديلات ، المرجع السابق، ص.99.

الطفل أو زواجه أي أثر قانوني، وتُتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما فيها **التشريع** لتحديد سن أدنى للزواج، ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمراً إلزامياً".

فالجزائر تحفظت على م16 من سيداو، مالم تتعارض وأحكام قانون الأسرة الجزائري. أما بالنسبة لتحفظ الجزائر على م4/15 فإنه لم يعد يشكل أي أثر كما جاء في التقرير الموحد(الثالث والرابع) للجزائر، حيث سيتم سحبه مستقبلاً. ولم تتحفظ الجزائر على الفقرات الثلاث للمادة 15.

وبالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة التي تنظم سن الزواج، يتبين أنها كانت تمايز في ذلك قبل التعديل، لتوحد بعد التعديل سن الزواج لكلا الجنسين.

تنص م7ق.أ :"تكتمل أهلية الرجل في الزواج بتمام21 سنة والمرأة بتمام18 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة". حيث لقي هذا النص معارضة قوية من بعض الجمعيات المناهضة لحقوق المرأة والمدافعة عن مساواة المرأة[1]، حيث رأت أن هذا النص يتعارض وأحكام المادة 40 ق.م :"كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد 19 سنة". ويتعارض مع المادتين29 و31 من الدستور، ويتعارض مع نص م15 من اتفاقية سيداو. وبالتالي فيه مساس بمبدأ المساواة في السن بين الجنسين[2].

1- وقد قبلت الدولة الجزائرية مُمثلة في الوزيرة المكلفة بالأسرة سنة 1996، تنظيم لقاء مع حركة النساء، وبعد ثلاثة أيام عمل، تم التبني المُشترك لبعض التوصيات المتمثلة فيما يلي:1- حظر تعدد الزوجات، بتفسير الآية القرآنية المنظمة له والضيقة من نطاقه، بهدف توطيد الخلية الأسرية.2- حظر الولي بالنسبة للمرأة الراشدة، موافقة بأهليتها لتسيير أموالها طبقاً لـ م 40 ق.أ. 3- إلغاء الطلاق بإرادة الزوج المنفردة، والذي يهدد أمن الأسرة- Souad Khodja, Nous les Algèriennes, La grande solitude, Casbah, Alger, 2002, p.56 et suivمقتبس عن: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.361.

2 – سعيد بويزري، قانون الأسرة الجزائري ماله و ما عليه، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، ، مارس2000، العدد5، ص.159.

وإثر هذا، وسعياً منها في مواءمة نصوص قانون الأسرة مع أحكام اتفاقية سيداو[1]، عملت الجزائر على تعديل نص م7 بموجب الأمر 02/05، حيث أصبحت تنص:" تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام**19** سنة ، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرت الطرفين على الزواج... ". وبهذا تتناسق نصوص القانون المدني ونصوص قانون الأسرة، من حيث توحيد سن 19 سنة كأهلية للزواج لكلا الجنسين[2]، من جهة؛ وتأكيد المشرع على عدم التمييز بين الجنسين في إبرام عقد الزواج من جهة أخرى [3]. وقد جاء في بيان أسباب التعديل:"توحيد سن الزواج بالنسبة إلى الذكر والأنثى وتحديده ببلوغ 19 سنة تطابقا مع سن الرشد المدني"[4]. كما جاء في تقرير لجنة الشؤون القانونية والإدارية لمجلس الأمة:"..هناك **تضارب كبير** وفوضى في التشريع الجزائري فيما يتعلق بتحديد سن الرشد وأهلية الزواج وأهلية التقاضي وسن البلوغ ففي القانون المدني هي 19 سنة وفي قانون الجنسية قبل التعديل هي 21 سنة وفي قانون الأسرة السابق هي 21 سنة للذكر و18 سنة للأنثى وفي القوانين الجزائية 18 سنة وفي قانون العمل وقضايا الإرهاب هي 16 سنة. إن الإصلاح التشريعي يقتضي توحيد سن الرشد بين جميع هذه القوانين استناداً إلى أحكام الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادقت عليها الجزائر...ومن ثم فأن تحديد سن أهلية الزواج بـ19 سنة في هذا الأمر جاء منسجماً تماما وموفقا مع هذه الاتفاقية ومع احكام القانون المدني الجزائري، ومكرسا لمبدأ المساواة بين الجنسين"[5].

1 – تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر ،المرجع السابق، ص. 12.

2 – بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري وفق آخر التعديلات، المرجع السابق، ص.117.

3 – حميدو تشوار زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الأمر 05-02، المرجع السابق، ص76،77.

4 – الجريدة الرسمية لمداولات المجلس الشعبي الوطني رقم 2005/146، المؤرخة في 2005/03/28.

5 – الجريدة الرسمية لمداولات مجلس الأمة رقم2005/02 المؤرخة في 2005/03/26

ومن جهة أُخرى، إذا توافقت المواد 5و7ق.أ مع المواد 2و15و16من اتفاقية سيداو، فإن نصوص قانون الأسرة المتعلقة بالولاية ومسألة تعدد الزوجات، لا تعرف نفس النتيجة أو الأثر القانوني.

الفرع الثاني

تَعَارض نصوص قانون الأسرة مع اتفاقية سيداو

(في إنشاء عقد الزواج)

أبرز نقطة جوهرية وجدت صراعاً حاداً بين أطياف المجتمع الجزائري(المحافظين والعلمانيين) وداخل قبة البرلمان هي مسألة الولاية على المرأة، فهاته الأخيرة تبرم كافة العقود المالية بكل حرية ومن دون رقابة، باستثناء عقد الزواج، حيث تكون ارادتها قاصرة حيث تحتاج إلى ولي يعبر عن ارادتها[1]. وأبرز دليل يؤكد أن البرلمان الجزائري وصل إلى طريق مسدود جراء هذا النزاع الحاد، هو عملية تعديل قانون الأسرة، بعد عشرين سنة من صدوره، بموجب أمر رئاسي، وفي توقيت 27فبراير 2005، أي على بعد يومين من افتتاح البرلمان الجزائري لدورته الربيعية. وبالتالي الأمر 02/05 وضع حداً لهذا النزاع التشريعي داخل البرلمان، ليبقى على هذا الأخير فقط الموافقة على هذا الأمر فيما بعد. وسنتناول هنا، مسألة تعارض نصوص مساواة اختيار المرأة لزوجها بكل حرية، ومسألة تعدد الزوجات، مع نصوص اتفاقية سيداو.

أولاً–مساواة المرأة في حرية اختيار زوجها:

تنص م15 من سيداو:"2– تمنح الدول الأطراف المرأة في الشؤون المدنية أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل...وتكفل للمرأة،بوجه خاص، حقوقاً مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود....3–توافق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي لها أثر قانوني يستهدف تقييد الاهلية القانونية للمرأة باطلة و

1 – أعمر يحياوي، المساواة في الحقوق ، المرجع السابق، ص.239 وما بعدها.

لاغية". وتنص م1/16–ب:"نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفي عدم عقد الزواج الا برضاها الحر الكامل".

فالجزائر تحفظت على م16 من سيداو، مالم تتعارض وأحكام قانون الأسرة الجزائري. فبموجب الأمر 02/05 عَمل المُشرع على تعديل وإلغاء بعض النصوص المُنظمة للولاية، وذلك لاعتبارات عدة[1]. حيث باتت م4ق.أ تنص:"الزواج عقد **رضائي** يتم بين رجل وامرأة"، وكانت قبل التعديل تنص على أنه:" الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة ". في تأكيد من المشرع على رضائية عقد الزواج كسائر العقود الأُخرى.

أما المادتين9و9مكررق.أ بعد التعديل، فتنصان على التوالي:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين"، "يَجب أن تتوفر في عقد الزواج اشروط الآتية:– أهلية الزواج.– الصداق.– الولي.– شاهدان.–انعدام الموانع الشرعية للزواج". فالمشرع فرق بين ركن الزواج المنحصر في الرضى، وما عداه يندرج تحت الشروط، بما فيها الولاية.

وعُدِّلت م11:"تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره". وأُلغيت المادة12التي كانت تنص:"لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها..."، وعُدِلت م13:"لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يُجبر القاصرة التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها"، وهذا قبلما كانت تنص :" لا يجوز للولي أباً كان أو غيره أن يُجبر من في ولايته على الزواج ، ولا يجوز له أن يزوجها بدون موافقتها ". وعليه فالجبر لم يعد يمارس الا على القاصرة فقط، أما الراشدة فتبرم عقد زواجها بمفردها، وما حضور وليها الا إجراء شكلي لا يترتب عليه بطلان العقد.

1 – تشوار جيلالي، عدم المذهبية الصرف ، المرجع السابق، ص.307.

وكقراءة تحليلية لهاته النصوص المُعدلة والمُلغاة، يتبين أن القصد من ورائها هو تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين[1]، حتى تتواءم واتفاقية سيداو(م2وم16). ولقد انتقدت لجنة سيداو في ردها على التقرير الثالث والرابع للجزائر على عدم إلغاء شرط الولي كليةً من طرف الجزائر. فهذا مفاده أن المشرع وجد نفسه بين جهتين ضاغطتين هما لجنة سيداو ، وبين أصالة المجتمع الجزائري المُحافظ[2]. وصياغة المادة 11 المعدلة الركيكة تُؤكد ذلك، فهو سعى إلى تجسيد المساواة بالتأكيد على رضائية عقد الزواج، وإلغاء ولاية الإجبار على المرأة الراشدة، من دون أن يسحب التحفظات الواردة على المادتين 2و16صراحةً، كما فعل ذلك صراحة في المادة 9 من سيداو المتعلقة بجنسية المرأة.

وبالتالي تعديل م11ق.أ بهذا الشكل يكون محاولة جس نبض الشارع الجزائري، تمهيداً لإلغائها كليةً كما تُطالب بذلك لجنة سيداو. وهذا كما تضمنه تقرير الجزائر الأول المقدم للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة[3]:"..ولا ينبغي التقليل من شأن هذه التناقضات الظاهرة، بل يجب أن تعالج في ضوء عنصر أساسي هام ينصب على مكانة ودور القانون الاسلامي في إعداد الاعمال القانونية والقضائية في الجزائر. ويمكن اعتبار أن هذه المكانة او هذا الدور بدأ يتضاءل باستمرار من جراء تعقد المشاكل المطروحة في هذا العصر وتداخل الثقافات والعمليات العلمانية الجارية في المجتمع الجزائري.

إن الفرض العنيف للقواعد القانونية غير القابلة للتطبيق بسبب تعارضها الصارخ مع القواعد الاجتماعية المألوفة يؤدي إلى إبطال الغرض من القانون ويدفع

---

1 – الأمر الذي أكدته الوزيرة"نوارة جعفر" الوزيرة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة، عند اشرافها على افتتاح الورشة التكوينية حول النوع الاجتماعي والأسرة بالمعهد الوطني للصحة العمومية بالأبيار. أنظر، جريدة المساء اليومي، اللاربعاء، 16نوفمبر 2011، العدد4488، ص.4.

2 – أعمر يحياوي، الإجراءات الايجابية، أي حل لمعالجة اللامساواة الفعلية بين الرجل والمرأة، م.ج.ق.إ.س، 2008، العدد01، الجزائر، ص.205،206.

3- CEDAW/C/DZA/11/09/1998

إلى تكريس عدم الثقة التي تسفر عن النزاع بين المشرع والمواطن، بل إلى عدم احترام السلطة العامة بحجة أولوية القانون الإلهي ...يتطلب إعادة تفسير دور الدين في المجتمع، الأمر الذي يتعذر تحقيقه إلا بالآناة ومرور الوقت ومع رفع المستوى الثقافي.

ولهذا السبب تَنوي الحكومة الجزائرية إدخال عناصر عدم التمييز والمساواة بين الجنسين على نحو تدريجي، دون تراجع في مجال الأحوال الشخصية". فالتقرير واضح وصريح في انتهاج سياسة الخُطوة خُطوة. [1]

وكوجهة نظر للبعض نؤيدها تُشير إلى أنه:"يبدوا أن هذا التعديل الذي اعتبره المقررون حلاً وسطاً، لم يُرضِ أي طرف من الطرفين المتناقضين المتنازعين، مما يجعل المُطالبة بتعديلات جديدة متواصلة، وقد يكشف التغير الاجتماعي الجاري، ضرورة إجراء تعديلات جذرية مستقبلاً، ويتوقف ذلك على مدى تسارع وعمق تحولات الدولة وفق مجموعة المؤشرات الفاعلة والمؤثرة داخلياً وخارجياً"[2].

وعليه، نحن ننتقد هذا التوجه، لإن الولاية كما أشرنا في الباب الأول، ليست تمييزاً ضد المرأة كما يُصوره الغرب وأتباعه، وليس فيها مساس بمبدأ المساواة بين الجنسين، بل على العكس من ذلك؛ فالولي هو الناطق الرسمي للمرأة يوصل إرادتها كما هي للشخص الذي يريد الزواج بها، ويُحافظ على كرامتها وشرفها وعفتها، بل هو أحرص الناس على أن تكون موليته في أيدي أمينة في المستقبل. فالولاية ولاية مُشاركة؛ حيث لا يجوز كأصل عام أن تنفرد المرأة بإبرام عقد الزواج بمفردها، بل يُشاركها وليها في ذلك. فبعد رضاها الكامل والحر من غير إكراه تُفوض وليها ليقوم بإبرام العقد نيابةً عنها. وبهذا نكون لم نخرج عن أعراف وتقاليد مجتمعنا ذو الغالبية

---

1 – تقرير الجزائر حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقةالارومتوسطية(2011-2008)،ص.10. www euromedgenderquality. Org

2 – عمر صدوق، المرجع السابق، ص.18،19.

المالكية وعملنا على تأكيد وحدة الاسرة الجزائرية من التفكك والوحدة التي تعرفها الاسرة في الغرب[1].

وفي نفس إطار حُرية المرأة في اختيار زوجها، اِنتَقَدَتْ اللجنة المعنية بالحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية[2] الجزائر، حيث لاحظت أنه على الرغم من تعديل قانون الأسرة، إلا أنه يمنع المرأة من حرية اختيار زوجها بسبب الدين، حيث تنص م30ق.أ:" يحرم من النساء مؤقتاً:...–زواج المسلمة مع غير المسلم". الأمر الذي يتعارض وم16(1–ب) من سيداو، وم16 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان:"للرجل والمرأة..حق تأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين".

فانطلاقاً من الخصوصية الاسلامية لقانون الأسرة[3]، لا يجوز للمرأة المسلمة أن تتزوج بغير المسلم(كتابي أو مشرك)، ولا يُعتبر ذلك قيداً للحرية في الزواج بسبب الدين، بل هو واجب صيانة الأسرة من الإنحلال، بسبب الإختلاف في الدين عند عدم احترام الزوج بموجب عقيدته لمقدسات زوجته، مما يُنفر الزوجة المسلمة من زوجها، ومن ثمةَ تتعرض الأسرة للخصام الذي ينتهي بوضع حد لنهاية هاته الأسرة[4]. والدليل على هاته الحرمة من الكتاب قوله تعالى﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾[5]، حيث

---

1 – بوتخيل معطي، أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهانات المطروحة، المرجع السابق، ص.143 ا؛ الشيخ شمس الدين، المرجع السابق، ص100؛ عيسى جعنيط، ، المرجع السابق، ص.145 وما بعدها.

2 – المجلس الاقتصادي والاجتماعي، الدورة 44، جنيف، 3–21/أيار/ماي2010. E/C.12/DZA/CO/4

3 – ترى رئيسة "سيداف" نادية آيت زاي "أن قضية المرأة وقيم المساواة بينها وبين الرجل لا تزال تقسم المجتمع الجزائري إلى تيارين، تيار محافظ يتضاعف كل سنة، وتعززه العديد من القوانين السارية في البلاد، وفي مقدمتها قانون الأسرة المعدل الذي يكرس سيطرة الرجل على المرأة في ظل تنامي العديد من الظواهر السلبية التي أصبحت تعصف بالاستقرار النفسي والاجتماعي للمرأة". أنظر، يومية الجزائر نيوز،2010/11/29، العدد22907. http://www.djazairnews

4 – عمار مساعدي، المرجع السابق، ص.96؛ وفي هذا الاطار ينتقد سعيد بويزري المشرع لعدم تحريمه لزواج المسلم من غير المرأة الكتابية. أنظر، سعيد بويزري، قانون الأسرة الجزائري ماله و ما عليه، المرجع السابق، ص.195.

5 – سورة البقرة، الآية221.

يُفسر الطبري هاته الآية بأن الله تعالى قد حرم على المؤمنات ألا ينكحن مُشركاً[1]. وقد أجمعت الأمة على أن المُشرك لا يطأ المؤمنة بوجه، لِما في ذلك من الغضاضة على الإسلام [2].

ويُجمع الأئمة على ذلك[3]، حيث يذهب المالكية[4]إلى القول بلا ولاية لكافر على مسلم سواءً كان ذمياً أو حربياً أو مرتداً، على مسلمة لقوله تعالى ﴿وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[5]. ونفس الأمر ذهب إليه الحنفية[6]، ذلك أن تحريم نكاح المؤمنة الكافر علته خوف وقوع المؤمنة في الكفر، فالزوج يدعوها إلى دينه، والنساء عادة يتبعن الرجال فيما يؤثرون من الأفعال، ويُقلدنهم في الدين[7]. وإلى نفس الأمر يذهب الشافعية والحنابلة. [8]

وإذا كان المشرع المغربي قد وافق نظيره الجزائري[9]، فإن المشرع التونسي قد سكت عن هاته المسألة، اعتماداً على كفالة الدستور التونسي لحرية الدين والمعتقد، فالإشارة الوحيدة لمجلة الأحوال الشخصية للمعتقد جاءت في الفصل59 الذي ينص:"إذا كانت مستحقة الحضانة من غير **دين** أب المحضون فلا تصح

1 – الطبري، المرجع السابق، ص379.

2 – القرطبي، المرجع السابق، ص.72.

3 – محمد علوشيش الورتلاني، أحكام التعامل مع غير المسلمين والاستعانة بهم(دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار التنوير، الجزائر، 2004، ص.127 وما بعدها.

4 – شرح مختصر خليل، ج2،ص.25.

5 – الآية141 من سورة النساء.

6 – الكساني،المرجع السابق،ص .271.

7 – تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر ،المرجع السابق، ص. 17.

8 – عبد الرحمن بن حسن النفيسه، مسائل في الفقه، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية متخصصة في الفقه الاسلامي، ، مارس، أفريل، ماي، 2006، العدد70، مطابع دار البحوث، الرياض، ص290 وما بعدها.

9 – أحمد زوكاغي، اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المغرب، مطبعة السلام، الرباط، ، 2010، العدد43، ص10ومابعدها.

المادة4/39من المدونة:"موانع الزواج المؤقتة هي:...4–زواج المسلمة بغير المسلم، والمسلم بغيرالمسلمة مالم تكن كتابية"

حضانتها...."، فالنص يُقر بطريقة غير مباشرة حق الاختلاف في الدين بين الزوجين. وفي هذا يقول عمار الداودي:"وبصرف النظرعن الآراء ومدى تطابقا أو اختلافها مع الأحكام التقليدية للفقه الإسلامي فإننا نعتبرهذا الحق أصيلاً ومحمياً بنصوص الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها تونس، كما وقع تكريسه بالدستور وبنصوص القانون الجزائي والمدني"[1]. وهو تحليل منطقي من الناحية القانونية.

ثانياً –تعدد الزوجات وتعارضه مع نصوص اتفاقية سيداو:

اِنتَقَدَت اللجنة المعنية بالقضاءعلى التمييز ضد المرأة وبِشِدّة المشرع الجزائري على تكريسه للتمييز الصارخ والجلي للمرأة، وذلك بإبقائه على نظام تعدد الزوجات، المتنافي ونصوص الاتفاقية. ولقد كان رد الحكومة الجزائرية صريحاً بالإشارة إلى أن مسألة التعدد غير مطروحة للنقاش في هاته الفترة، كونه لا يُشكل سوى نسبة 3%.

ولقد شدد المشرع الجزائري على شروط التعدد بموجب الأمر02/05(م8)، حيث اشترط، وجود المبرر القانوني، والذي حصره في المرض المزمن، والعقم2، إلى جانب إعلام الزوجة السابقة، أو الزيجات السابقات، والمخطوبة اللاحقة، وأن لا تكون الزوجة قد أدرجت في عقد الزواج، أو عقد رسمي لاحق شرط عدم الزواج عليها من طرف الزوج.ويُضاف إلى هاته الشروط، الترخيص القضائي بالزواج بأمر من رئيس المحكمة.

هذا، وإذا سعى المشرع إلى إضافة قيود كثيرة على التعدد إلى حد محاولة إلغائه، فسيترتب عن ذلك عدة آثار خطيرة تعصف بالمجتمع، منها انتشار الزواج العرفي، انتشار الزنا بمفهومه الشرعي وليس القانوني، وبالتالي زيادة الأُمهات العازبات، ارتفاع معدلات الإجهاض، زيادة دور الطفولة المسعفة...وإلى غيرها من

1 – عمار الداودي، المرجع السابق، ص.241.

2 – المنشور الوزاري رقم 84/ 102 الصادر بتاريخ 23/ 12/ 1984.

الآثار السلبية.

فإذا كانت توصيات لجنة سيداو شديدة على الجزائر من ناحية تعدد الزوجات، كونها تُخالف نصوص سيداو، فلماذا لا توجه نفس المُلاحظات لفرنسا ومن على نهجها من الدول[1]، في تنظيم تعدد الزوجات بطرق مختلفة(PACS) [2]، فهو أيضاً يُخالف نصوص سيداو بشكل عام[3]، ثم إن زواج مثليي الجنس[4] المقنن في فرنسا[5] يتعارض مع م16 من الاعلان العالمي لحقوق الإنسان، التي تنص:"3-الأسرة هي الوحدة الطبيعية الأساسية للمجتمع". ويتعارض مع توصية الجمعية العامة بشأن الرضا بالزواج، والحد الأدنى لسن الزواج، وتسجيل عقود الزواج، وذلك بموجب قرارها 2018 د-20 المؤرخ في أول تشرين الثاني/نوفمبر 1965. حيث جاء في ديباجتها:" إن الجمعية العامة إذ تدرك أن من الواجب تعزيز كيان الأسرة باعتبارها الوحدة الأساسية في كل مجتمع، وان للبالغين من الذكور والإناث حق في التزوج وتكوين أسرة ".

فهكذا، يتضح لنا النظرة الإزدواجية لهاته اللجنة، فما يُعتبر موافقاً وملائماً لنصوص سيداو إذاكان من طرف الغرب، لا يُعتبر كذلك إذا كان من طرف الدول العربية الإسلامية، ومن بينها الجزائر. الأمر الذي يطرح أكثر من تساؤل على هاته

1- ألمانيا(2001)، انجلترا(2004)، وجمهورية التشيك(2006)، وسويسرا(2007)، وايرلندا(2010).

2- تعرفه المادة1/515 من القانون المدني الفرنسي:

"un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune".

3- فسيداو تُبيح هذا النظام، وذلك بالتمعن في م1/16منها:"...في كافة الأمور المتعلقة بالزواج، والعلاقات الأُسرية..."، فمؤسسة الزواج واضحة، أما العلاقات الأُسرية فالمقصود بها أنواع الأُسر الأُخرى المُعترف بها في الغرب خارج مؤسسة الزواج.

4 - خديجة كرار الشيخ، المرجع السابق، ص.289 وما بعدها. حيث تقول"مونيك ويتق":"يجب تغيير نظام الاسرة والعلاقات الشخصية، بالقضاء على التقسيم الثنائي(رجل/امرأة)، وهذا لايتحقق الا بتحطيم نظام الزوجية (ذكر/أُنثى)، وإحلال محلها النمط الاجتماعي الوحيد الذي يكفل الحرية السحاق". أخذاً عن: خديجة كرار، المرجع السابق، ص.293.

130- محمد الشافعي، المرجع السابق، ص.129.

المُفارقة. وعليه مُطالبة الموقف الجزائري بالتشبث بتحفظاته على المادتين 2و16 من اتفاقية سيداو حفاظاً على قيم الجزائر وأمنها القانوني، وذلك كله لا يعتبر مساساً بمساواة المرأة التي كفلها التشريع الإسلامي منذ 14 قرن خلت.

ومن خلال ما سبق، نُؤيد المُشرع كأصل عام في مسعاه إلى تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في إطار إبرام عقد الزواج، وذلك حتى تتلائم مع اتفاقية سيداو. فالاجراءات والتدابير التشريعية التي اتخذها المشرع، والمتمثلة في تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 نوافقها في إبراز رضائية عقد الزواج، ولكننا نُخالفها في مسألة محاولة إلغاء نظام الولاية، والتقييد الشديد لنظام التعدد. ذلك أن للجزائر خصوصيتها العقائدية، وأيديولجيتها التشريعية التي يُتوجب احترامها من قبل لجنة سيداو، انطلاقاً من سيادتها التامة، من جهة، ومن جهة أُخرى إلى عامل خصوصية حقوق الإنسان التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تصبح عالمية، وبالأخص في مجال الأحوال الشخصية.

والغَرب على دِراية تامة بذلك فقد استطاعوا علمنة أغلب تشريعات الدول العربية بما فيها القانون الجنائي باستثناء قانون الأسرة(وذلك تحت عامل الاستعمار)، ولذلك تجد دُعاة إلغاء قانون الأسرة يتحججون بمبدأ"لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" الذي يقوم عليه القانون الجنائي. فالمشرع الجزائري لا يعاقب على جريمة الزنا، على اعتبارها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة بالنسبة لمن بلغوا سن الرشد، على الرغم من تحريم الشريعة الإسلامية لسلوك الزنا، ونفس الأمر بالنسبة للخمروالميناصيب، والمعاملات الربوية وغيرها من الأمثلة، التي لايوافق فيها المشرع الجزائري الشريعة الإسلامية.

وعليه، نُعاود التأكيد على المشرع الجزائري أَنْ يَتمسك بِخُصوصية الشريعة الإسلامية في مجال قانون الأسرة، على اعتبارها المصدر الأول له، وعدم الخضوع

لِضُغوطات لجنة سيداو وغيرها، فهي في مُجملها تدعوا إلى تفكك وانحلال الأسرة، بِذَريعة خَلق المُساواة بين الجنسين[1].

وفي هذا تنتقد المحامية الامريكية والاستاذة بجامعة بريغهام يونق، ومديرة منظمة صوت الأسرة "كاثرين بالمفورت" لجنة سيداو بالقول:"تلجأ الأنثويات المتطرفات، ودُعاة تحديد النسل، ونشطاء حقوق الشواذ الذين يشكلون جبهة معادية للأسرة، لكل الوسائل التي يمكن من خلالها فرض إرادتهم على الشعوب التي تدعم الأسرة الطبيعية. إنهم يستخدمون أساليب غير ديمقراطية، وطرق نقاش غير عادلة، بل غالباً ما يلجؤون للخداع. إن العُصبة المُعادية للأسرة استهدفت مَنظومة حقوق الإنسان لكونها الطريق المباشر للنفوذ، لتحجيم حُرية غالبية الشعوب، وللمفارقة باسم حقوق الإنسان. فليس من المستغرب أن أكثر الأنشطة راديكالية ما يحدث في لجنة اتفاقية سيداو، فهي تسعى إلى تشجيع أنماط مُدمرة للأسرة.

و لقد أكدت لجنة سيداو مِراراً أنه إذا تصادم رأيها حول حقوق المرأة مع الدين والثقافة فعلى الدين والثقافة التنحي عن الطريق، بل إن اللجنة طالبت علناً إحدى الدول الإسلامية بإعادة تفسير القرآن بطرق تكون مقبولة للجنة" [2]. ونؤيد الدكتورة في كل ما أشارت إليه.

وبهذه الإشارة تتم دِراستنا للإجراءات والتدابير التي اتخذها المشرع الأُسري، الذي خَضَعَ فيما ذهب إليه من تعديلات إلى الضُغوطات الخارجية. ونتمنى على المُشرع أن يتمسك بالشريعة الإسلامية في قانون الأسرة لإنها مصدره الأصيل. ومن خِلال كُل ما سبق نَخلُصُ إلى مجموعة من النَتَائج والتُوصيات نُورِدُها في الخَاتِمة.

---

1 – محمد رمضان البوطي، البحث عن مشروع لاستكمال حقوق المرأة في الإسلام، المرأة وتحولات عصر جديد، المرجع السابق، ص.318 وما بعدها.

2 – خديجة كرار الشيخ، المرجع السابق، ص.321،322.

خاتـــــمة

بالدراسة التحليلية لِموضوع مساواة الجنسين في إطار إنشاء عقد الزواج في التشريع الأُسري الجزائري والمواثيق الدولية، استنتجنا أن المُشرع الجزائري قد سَاوى بين الجنسين عند إقبالهما على إبرام عقد الزواج. في الخِطبة، وأهلية الزواج، والولاية. و تعدد الزوجات في قانون الأسرة. حتى يُحافظ على الإنسجام بين نصوص الدستور والمعاهدات والقانون. فكل من الدستور والمعاهدات ينُصَانِ على المساواة القانونية بين الأفراد بغض النظر عن الجنس، وبهذا نُقدم أهم النتائج والإقتراحات .

بدءاً بالخِطبة فلكل من الجنسين حق المبادرة أو الإعلان عن الرغبة في التعاقد مع الآخر. وفي هذا الخصوص اقترحنا صياغة نص م5 ق.أ :" **الخطبة وعد بالزواج غير لازم** "، للإنسجام بين المادة 71 ق.م، و م5ق.أ. كما حرص المشرع الجزائري على استمرار هاته المساواة حتى في العدول عن الخطبة، فيمكن لكل من الجنسين أن يعدل عنها. وبذلك أوجب المشرع التعويض للطرف المعدول عنه، وعليه نقترح أن تعدل المادة3/5 ق.أ على الشكل التالي : "**مجرد العدول عن الخطبة لا يستوجب التعويض . إلاّ في حالة التعسف في العدول ، أو إذاصاحب العدول ظروف و ملابسات كان من شأنها إلحاق ضرر بالآخر**". وبالتالي يصبح لدينا توافق بين هذا النص ونص م124 مكرر ق.م.

وفيما يخص استرداد الهدايا التي كانت بين الخطيبين قبل العدول، فإننا نقترح صياغة فقرات النص كما يلي:" – **لا يسترد العادل عن الخطبة هداياه إن كان العدول منه ، وإن كان العدول من الطرف الآخر فعليه رد الهدايا إن كانت قائمة ، أو مثلها أو قيمتها وقت القبض إذا أستهلكت ، مالم يوجد عرف أو إتفاق يقضي بغير ذلك. إذا كان أحد الطرفين هو المتسبب في العدول ، فلا يحق له إسترداد هداياه و لو كان العدول من الطرف الآخر.– في حالة وفاة أحد الطرفين يجوز للطرف الآخر إسترداد هداياه.– يتم إثبات الهدايا بكافة وسائل الإثبات**".

أما بخصوص الأهلية، فالزواج كغيره من العقود يحتاج عند إبرامه إلى توافر أهلية الطرفين الرجل والمرأة. الأمر الذي جعل المُشرع يحرص على وجود تكامل بين نصوص القانون المدني وقانون الأسرة، حيث حددها المُشرع بسن 19سنة كاملة، وهو نفسه سن الرشد في القانون المدني. غير أن المشرع منح القاضي سلطة الترخيص بالزواج لأحد الطرفين متى وُجدت مصلحة في ذلك أو لوجود ضرورة . غير أن ما يُؤخذ على المشرع عدم تحديده لمفهومي الضرورة والمصلحة، الأمر الذي يجعل الباب واسعاً أمام القاضي لإعمال سلطته التقديرية.

وفي نفس الإطار، نجد المشرع أَغفل تحديد حد أدنى للسن القانونية لا يجب منح الترخيص القضائي دونها، حيث نقترح تعديل المادة 7 ق.أ لتصبح كالتالي:" **تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يأذن بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج. – ولا يجوز للقاضي أن يمنح الإذن بالزواج دون سن الخامسة عشر** ".

كما يُؤخذ على المُشرع أنه لم يُحدد عقوبة الموظف المُختص بإبرام عقد الزواج في حالة عدم تحقق شرط السن القانونية للزواج. حيث إرتأينا أن تصبح **المادة33** ق.أ كالتالي:"**1–يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا. 2– و إذا تم الزواج بدون أهلية أو شاهدين أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل. 3– ويعاقب كل من أشرف على إبرام العقد من دون بلوغ طرفيه سن19 سنة كاملة، بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات، وبغرامة100.000 دج**".

ولقد حاول المشرع الجزائري جاهداً إيجاد نوع من التوازن داخل الأُسرة الجزائرية، وذلك بتجسيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في المركز القانوني لكليهما. وبذلك حرص من خلال تعديله لبعض نصوص ق.أ بموجب الامر02/05، على إلغاء كل مظاهر التمييز أو التفاضل بين الجنسين، لاسيما النصوص التي كانت تتضمن في

روحها بعض الإقصاء والتمييز على المرأة داخل مؤسسة الأسرة. فعمد المشرع في ذلك إلى تعديل الأحكام الخاصة بالولاية في الزواج، ومسألة تعدد الزوجات.

فالنسبة للولاية كما تم شرحه فهي لا تُخِلُ بمبدأ مساواة المرأة، فهي في عقد الزواج ليست بالوصاية القانونية، كما أن سببها لا يرجع إلى نقص أهلية المرأة، بل على العكس من ذلك فهي للحفاظ على سمعتها وكرامتها وإنسانيتها. فيُمكن القول أن المُشرع جانب الصواب في تنظيمه للولاية بخصوص المادة11ق.أ، وذلك بمنحه المرأة الراشدة حق الإنفراد في إبرام زواجها، دون الرجوع إلى رأي وليها، وهو الأمر الذي لا يتماشى وخُصوصية عقد الزواج، الذي يقوم على فلسفة الجمع بين عائلتين وليس بين شخصين. وعليه يُتوجب الرجوع إلى الولي ليُشاركها الرأي فهو الأمين على رعايتها ومصالحها، فلا يحق له إجبارها كما لا يجوز له منعها من الزواج إذا رغبت فيه.

وننتقد بشدة ونشجب بهذا التعبير غير السليم من المشرع"**أو أي شخص تختاره**" من هو هذا الشخص؟ من الأقارب أم لا؟ ما هي الشروط التي يجب أن تتوفر فيه؟ فهذه العبارة مدعاة للإنحراف والتحلل، ومؤشر على فتح الباب أمام الزواج العرفي، وتفكك الأسرة الجزائرية وبعدها عن المجتمع وتغير مفهومه الأسرة التي لا تُبنى بين شخصين فقط، بل يُشارك في تأسيسها أشخاص تجمعهم صلة القرابة كأصل عام. فالمشرع هنا أشار إلى صلة القرابة في م2 ق.أ وتخلى عنها في صلب المادة11. وهذا يؤدي إلى تناقض وغموض بين النصوص.

وفي الأخير يُمكن القول أن الولاية ليست إنقاص من قيمة كرامة المرأة كما يُصور البعض، بل على العكس من ذلك؛ فالولي هو الناطق الرسمي للمرأة يوصل إرادتها كما هي للشخص الذي يريد الزواج بها، بل هو أحرص الناس على أن تكون موليته في أيدي أمينة في المستقبل. فالولاية ولاية مُشاركة، حيث لا يجوز كأصل عام أن تنفرد المرأة بإبرام عقد الزواج بمفردها، بل يُشاركها وليها في ذلك. فبعد رضاها الكامل والحر من غير إكراه تُفوض وليها ليقوم بإبرام العقد نيابةً عنها. وبهذا لم نخرج

عن أعراف وتقاليد مجتمعنا ذو الغالبية المالكية وعملنا على تأكيد وحدة الاسرة الجزائرية من التفكك والوحدة التي تعرفها الاسرة في الغرب. وعليه نقترح أن يصبح نص المادة 11ق.أ كالتالي:" **تعقد المرأة الراشدة زواجها بتفويض وليها، وهو أبوها أو أحد أقاربها. – دون الإخلال بأحكام المادة7 من هذا القانون يتولى زواج القُصر أولياؤهم وهم الأب، فأحد الأقارب الأولين والقاضي ولي من لا ولي له**".

أما بالنسبة لمسألة تعدد الزوجات واعتبارها تخرق مبدأ المساواة بين الجنسين فهو لغو لا طائل منه، فقد رأينا أن الأُمم التي سبقت الشريعة الإسلامية كانت تُقر بالتعدد من غير عدد محدود أو ضابط، ونفس الأمر بالنسبة للدول الغربية كفرنسا حيث تُجيز التعدد تحت مُسميات أُخرى كالميثاق المدني للتضامن، أو شرعية الخليلة في النظام الفرنسي. الأمر الذي رفضته الشريعة الإسلامية وعملت على تنظيمه وِفق ضوابط العدد والشروط الموضوعية والذاتية. وبذلك أخذ المشرع الجزائري في المادة8 ق.أ(في حدود الأربع زوجات، وجود المُبرر الشرعي، توفر شروط ونية العدل، إعلام الزوجة السابقة، أو الزيجات السابقات، و المخطوبة اللاحقة، الترخيص بالزواج من رئيس المحكمة).

غير أن هاته الشروط التي قيد بها المشرع مسألة التعدد إلى حد محاولة إلغائه سيترتب عنها بعض الآثار السلبية، كلُجوء الرجال إلى التعدد العرفي الذي لا يمكن معرفته، ولا ضبطه، ولا الإطلاع عليه ولا معاقبة مرتكبيه. كما سيرتفع معدل الطلاق، لأن الرجل سيجد نفسه مضطراً باسم القانون لتطليق زوجته الأولى من أجل زواجه الثانية. وعليه نتمنى على المشرع الجزائري أن لا يُضيف شروط أُخرى في المستقبل لتعدد الزوجات حتى لا نقع في المحظور. فزواج الرجل بأكثر من إمرأة وفقاً للقانون لا يخل بمبدأ المساواة بين الجنسين.

وبالمُقابل، من حيث وضع المرأة في المواثيق الدولية نجد أنها بصفة عامة جاءت بنصوص كلها تصب في اتجاه واحد، أَلاَ وهو حماية حقوق الإنسان بغض

النظـر عـن الجـنس أو اللـون أو الـدين أو العـرق، والمـرأة جـزء لا يتجـزأ مـن الإنسـان فبالتالي لجأت لتعزيز مركزها القانوني على المستوى الدولي.

هذا، وبعد نيل الجزائر استقلالها ما فتِئت تنضم إلى المواثيق الدولية وعلـى رأسـها الشـرعة الدوليـة(ميثاق الأمـم المتحـدة، الإعـلان العـالمي لحقـوق الإنسـان، العهـدين الـدوليين)، وهـذا تعبيـراً منهـا علـى احتـرام حقـوق الإنسـان كافـةً وحقـوق المـرأة بشـكل خـاص، وذلـك انطلاقـاً مـن سـيادتها القانونيـة التامـة، مـن خـلال إبـراز خصوصـيتها وإيديولوجيتها ومبادئها المنصوص عليها في الدستور الجزائري، باستعمال حقها السيد في التحفظ على النصوص الدولية التي لا تتماشى وثوابت الدولة الجزائرية ومبادئها.

ونظراً للتطور السريع الذي تشهده قضية المرأة على المُستوى الدولي، فقد عُقدت لأجلها عديد المؤتمرات الدولية أبرزها مؤتمر التنمية والسكان بالقاهرة(1994)، ومؤتمر بكين(1995)، ولقد شاركت الجزائر في جل هاته المؤتمرات التي تضمر في مُحتواها عكس ما ترفعه من شعارت حقوق المرأة. الأمر الذي يتوجب التحذير منه هو سلبيات نتـائج هاتـه المـؤتمرات وخطورتهـا علـى المـرأة والأسـرة الجزائريـة بالخصـوص، فهاتـه المؤتمرات هدفها الأساسـي تـدمير الأسـرة، بالـدعوة إلـى الإباحيـة، والشـذوذ، والجنـدرة، والصـحة الجنسية، وإباحـة الإجهاض...وغيرها مـن المفاهيم البعيدة عن قيمنـا وعادتنـا الأصيلة والمُنافية لحقوق المرأة والإنسان. و هو ما تسعى بعض المنظمات الحكومية وغير الحكومية إلى فرض هاته النماذج على كافة الدول وخاصة العربية الإسلامية، عبر أجهزة الأمم المتحدة و وكالاتها، الأمر الذي يتوجب الحذر منه والتصدي له بكل الوسائل العلمية والعملية.

أمـا علـى مستوى المواثيـق الخاصـة بحمايـة وضـمانة حقوق المـرأة، فقد عالجنـا أهمها فـي هاتـه الدراسـة ممثلـة فـي كل من: اتفاقيـة الرضـا بـالزواج، والحد الأدنـى لسن الـزواج، وتسـجيل عقـود الـزواج، واتفاقيـة القضـاء علـى جميـع أشـكال التمييـز ضـد المرأة1979(سيداو). ولقد انضمت الجزائر لكليهما تأكيداً منها على تجسيد دولة القانون

والحق، ولم تنضم الجزائر إلى البروتوكول الإختياري المُلحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة1999 لِتعارضه والأمن القانوني للدولة الجزائرية.

هذا، وتُعد اتفاقية سيداو بمثابة الشرعة الدولية لحقوق المرأة، فقد عُنيت بحقوق المرأة في مجمل نصوصها على المستوى المدني والسياسي، والإقتصادي والإجتماعي، كما تناولت آلية قانونية من أجل ضمان تفعيلها من الدول الأعضاء ممثلة في لجنة سيداو. غير أن اتفاقية سيداو تتضمن في طياتها نصوص خطيرة، تمتاز بفرض ثقافة العولمة، واعتبار الاتفاقية المرجع الوحيد للدول في قضايا المرأة، ورفض الاختلاف التشريعي والقانوني لكثير من الدول، بما فيه خصوصية قوانين الأحوال الشخصية. مع أن هذا الالزام يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة نفسه الذى ينص على احترام التنوع الثقافي والديني للدول والأمم. ولذلك لقت هاته الاتفاقية العديد من تحفظات الدول حتى غير العربية المسلمة.

ونُؤيد المُشرع الجزائري فيما ذهب إليه من إبدائه لِتحفظاته على المواد 2، و2/9، و4/15، و16 من اتفاقية سيداو، وذلك حِفاظاً منه على أمنه القانوني، وإعمالاً له لمبدأ السيادة. فاتفاقية سيداو تسعى الى فرض النموذج الغربي الرامي الى عالمية وشمولية حقوق المرأة، الأمر الذي يتنافى وخصوصية وتعدد إيديولوجيات الشعوب والأمم.

غير أنه مع تَزايد الضغط الدولي الخارجي على الجزائر، سَحبت هاته الأخيرة بعض تحفظاتها على اتفاقية سيداو، وتتعلق بالجانب السياسي للمرأة. وسيبقى هذا الضغط مستمراً على الجزائر بمختلف أنواعه وأشكاله إلى أن تسحب الجزائر كل تحفظاتها.

وما يُمكن ملاحظته حول تقارير الجزائر الأربع إلى لجنة سيداو هو محاولة تبرير الجزائر موقفها من عدم سحب التحفظات تبريراً سلبياً. أي بمعنى أنها تطلب من اللجنة الصبر عليها في مسألة سحب تحفظاتها ريثما تُروض الشعب الجزائري عن

الخصوصيات العالمية الدخيلة عليه، فهي تصطدم بِمعارضة الأغلبية الكبيرة للإجراءات والتدابير المُستحدثة بشأن تعزيز المساواة بين الجنسين. فبالتالي لا مناص من اتباع سياسة الخُطوة خُطوة، فتدريجياً يتم سحب كل التحفظات.

هذا الأمر الذي نُنكره على اتجاه الحكومة الجزائرية، ذلك أنها ستجد نفسها أمام عقبة عصيان تنفيذ القوانين من قِبل المجتمع الجزائري الأصيل المتمسك بمبادئ شريعته السمحاء. وعليه يُتوجب على المُشرع التمسك بمبدئه الثابت والراسخ في الدفاع عن أمنه القانوني، والدفاع عن أيديولوجيته وثقافة مجتمعه. نعم لِمُسايرة المواثيق الدولية لكن في حدود ما يتماشى والنظام العام للدولة. فنجد أن بعض الدول الكبرى التي تتغنى بالدفاع عن حقوق الإنسان في العالم لم تنضم الى بعض المواثيق التي تُعنى بحقوق الإنسان، كميثاق روما 1998 الذي يتضمن إنشاء محكمة الجنايات الدولية فلم تنضم له الولايات المتحدة الأمريكية وروسيا، لإنه لا يتماشى وأنظمتها العامة الداخلية.

وفي الأخير، نُجدد القول أن المرأة الجزائرية تتمتع بمساواة وتكامل مع شَقيقها الرجل في مجال حقوق إنشاء عقد الزواج في كل من قانون الأسرة الجزائري، والمواثيق الدولية وعلى رأسها اتفاقية سيداو. ولا مَجال لِلمُزَايدات المُنادية إلى إلغاء قانون الأسرة أو غير ذلك من الدِعَايات الخارجية.

غير أننا نُنوه في هذا المجال الى إنتباه المُشرع الجزائري إلى خطورة المؤتمرات الدولية للمرأة، وكذا خطر اتفاقية سيداو وبروتوكول1999، الراميين إلى تجسيد النموذج الغربي الفردي الرأسمالي وفرضه على المجتمعات العربية المُسلمة، ومن بينها المجتمع الجزائري. فَعَليه يَتوجب تُوعية المجتمع الجزائري بالأهداف الحقيقية لِهاته المَواثيق والمُؤتمرات. كَمَا يتوجب عليه أيضاً دَحض وعدم قَبُول كل ما هو دَخيل على النِظام العام لِقانون الأُسرة المُستمد من الشريعة الإسلامية، مُستعملاً في ذلك حَقَهُ السّيد في

التحفظ، مُتمسكاً بمبدأ حق الإختلاف الذي كَفَلتُه نُصوص الشرعة الدولية ذَاتها التي انبثقت عنها اتفاقية سيداو.

الملاحق

الملحق (01)

اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 180/34 المؤرخ في 18 كانون الأول/ديسمبر 1979

تاريخ بدء النفاذ: 3 أيلول/سبتمبر 1981، وفقا لأحكام المادة 27 (1)

إن الدول الأطراف في هذه الاتفاقية،

إذ تلحظ أن ميثاق الأمم المتحدة يؤكد من جديد الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية، وبكرامة الفرد وقدره، وبتساوي الرجل والمرأة في الحقوق،

وإذ تلحظ أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يؤكد مبدأ عدم جواز التمييز، ويعلن أن جميع الناس يولدون أحرارا ومتساوين في الكرامة والحقوق، وأن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة في الإعلان المذكور، دون أي تمييز، بما في ذلك التمييز القائم على الجنس،

وإذ تلحظ أن على الدول الأطراف في العهدين الدوليين الخاصين بحقوق الإنسان واجب ضمان مساواة الرجل والمرأة في حق التمتع بجميع الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية والسياسية،

وإذ تأخذ بعين الاعتبار الاتفاقيات الدولية المعقودة برعاية الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، التي تشجع مساواة الرجل والمرأة في الحقوق،

وإذ تلحظ أيضا القرارات والإعلانات والتوصيات التي اعتمدتها الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، للنهوض بمساواة الرجل والمرأة في الحقوق،

وإذ يساورها القلق، مع ذلك، لأنه لا يزال هناك، على الرغم من تلك الصكوك المختلفة، تمييز واسع النطاق ضد المرأة،

وإذ تشير إلى أن التمييز ضد المرأة يشكل انتهاكا لمبدأي المساواة في الحقوق واحترام كرامة الإنسان، ويعد عقبة أمام مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، في حياة بلدهما السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، ويعوق نمو رخاء المجتمع والأسرة، ويزيد من صعوبة التنمية الكاملة لإمكانات المرأة في خدمة بلدها والبشرية،

وإذ يساورها القلق، وهى ترى النساء، في حالات الفقر، لا ينلن إلا أدنى نصيب من الغذاء والصحة والتعليم والتدريب وفرص العمالة والحاجات الأخرى،

وإذ تؤمن بأن إقامة النظام الاقتصادي الدولي الجديد، القائم على الإنصاف والعدل، سيسهم إسهاما بارزا في النهوض بالمساواة بين الرجل والمرأة،

وإذ تنوه بأنه لابد من استئصال شأفة الفصل العنصري وجميع أشكال العنصرية والتمييز العنصري والاستعمار والاستعمار الجديد والعدوان والاحتلال الأجنبي والسيطرة الأجنبية والتدخل في الشؤون الداخلية للدول إذا أريد للرجال والنساء أن يتمتعوا بحقوقهم تمتعا كاملا،

وإذ تجزم بأن من شأن تعزيز السلم والأمن الدوليين، وتخفيف حدة التوتر الدولي، وتبادل التعاون فيما بين جميع الدول بغض النظر عن نظمها الاجتماعية والاقتصادية، ونزع السلاح العام ولا سيما نزع السلاح النووي في ظل رقابة دولية صارمة وفعالة، وتثبيت مبادئ العدل والمساواة والمنفعة المتبادلة في العلاقات بين البلدان، وإعمال حق الشعوب الواقعة تحت السيطرة الأجنبية والاستعمارية والاحتلال الأجنبي في تقرير المصير والاستقلال، وكذلك من شأن احترام السيادة الوطنية والسلامة الإقليمية، النهوض بالتقدم الاجتماعي والتنمية، والإسهام، نتيجة لذلك في تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة،

وإيمانا منها بأن التنمية التامة والكاملة لأي بلد، ورفاهية العالم، وقضية السلم، تتطلب جميعا مشاركة المرأة، على قدم المساواة مع الرجل، أقصى مشاركة ممكنة في جميع الميادين،

وإذ تضع نصب عينيها دور المرأة العظيم في رفاه الأسرة وفى تنمية المجتمع، الذي لم يعترف به حتى الآن على نحو كامل، والأهمية الاجتماعية للأمومة ولدور الوالدين كليهما في الأسرة وفى تنشئة الأطفال،

وإذ تدرك أن دور المرأة في الإنجاب لا يجوز أن يكون أساسا للتمييز بل إن تنشئة الأطفال تتطلب بدلا من ذلك تقاسم المسؤولية بين الرجل والمرأة والمجتمع ككل،

وإذ تدرك أن تحقيق المساواة الكاملة بين الرجل والمرأة يتطلب إحداث تغيير في الدور التقليدي للرجل وكذلك في دور المرأة في المجتمع والأسرة،

وقد عقدت العزم على تنفيذ المبادئ الواردة في إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة، وعلى أن تتخذ، لهذا الغرض، التدابير التي يتطلبها القضاء على هذا التمييز بجميع أشكاله ومظاهره،

قد اتفقت على ما يلي :

الجزء الأول

المادة 1

لأغراض هذه الاتفاقية يعنى مصطلح "التمييز ضد المرأة" أي تفرقة أو استبعاد أو تقييد يتم على أساس الجنس ويكون من آثاره أو أغراضه، توهين أو إحباط الاعتراف للمرأة بحقوق الإنسان والحريات الأساسية في الميادين السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والمدنية أو في أي ميدان آخر، أو توهين أو إحباط تمتعها بهذه الحقوق أو ممارستها لها، بصرف النظر عن حالتها الزوجية وعلى أساس المساواة بينها وبين الرجل.

المادة 2

تشجب الدول الأطراف جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وتتفق على أن تنتهج، بكل الوسائل المناسبة ودون إبطاء، سياسة تستهدف القضاء على التمييز ضد المرأة، وتحقيقا لذلك تتعهد بالقيام بما يلي :

(أ) إدماج مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دساتيرها الوطنية أو تشريعاتها المناسبة الأخرى، إذا

لم يكن هذا المبدأ قد أدمج فيها حتى الآن، وكفالة التحقيق العملي لهذا المبدأ من خلال التشريع وغيره من الوسائل المناسبة،

(ب) اتخاذ المناسب من التدابير، تشريعية وغير تشريعية، بما في ذلك ما يناسب من جزاءات، لحظر كل تمييز ضد المرأة،

(ج) فرض حماية قانونية لحقوق المرأة على قدم المساواة مع الرجل، وضمان الحماية الفعالة للمرأة، عن طريق المحاكم ذات الاختصاص والمؤسسات العامة الأخرى في البلد، من أي عمل تمييزي،

(د) الامتناع عن مباشرة أي عمل تمييزي أو ممارسة تمييزية ضد المرأة، وكفالة تصرف السلطات والمؤسسات العامة بما يتفق وهذا الالتزام؛

(هـ) اتخاذ جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة من جانب أي شخص أو منظمة أو مؤسسة،

(و) اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزا ضد المرأة،

(ي) إلغاء جميع الأحكام الجزائية الوطنية التي تشكل تمييزا ضد المرأة.

المادة 3

تتخذ الدول الأطراف في جميع الميادين، ولا سيما الميادين السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية، كل التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لكفالة تطور المرأة وتقدمها الكاملين . وذلك لتضمن لها ممارسة حقوق الإنسان والحريات الأساسية والتمتع بها على أساس المساواة مع الرجل.

المادة 4

1. لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة مؤقتة تستهدف التعجيل بالمساواة الفعلية بين الرجل والمرأة تمييزا بالمعنى الذي تأخذ به هذه الاتفاقية، ولكنه يجب ألا يستتبع، على أي نحو، الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير متى تحققت أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة.

2. لا يعتبر اتخاذ الدول الأطراف تدابير خاصة تستهدف حماية الأمومة، بما في ذلك تلك التدابير الواردة في هذه الاتفاقية، إجراء تمييزيا.

المادة 5

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتحقيق ما يلي:

(أ) تغيير الأنماط الاجتماعية والثقافية لسلوك الرجل والمرأة، بهدف تحقيق القضاء على التحيزات والعادات العرفية وكل الممارسات الأخرى القائمة على الاعتقاد بكون أي من الجنسين أدنى أو أعلى من الآخر، أو على أدوار نمطية للرجل والمرأة،

(ب) كفالة تضمين التربية العائلية فهما سليما للأمومة بوصفها وظيفة اجتماعية، الاعتراف بكون

تنشئة الأطفال وتربيتهم مسؤولية مشتركة بين الأبوين على أن يكون مفهوما أن مصلحة الأطفال هي الاعتبار الأساسي في جميع الحالات

المادة 6

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لمكافحة جميع أشكال الاتجار بالمرأة واستغلال بغاء المرأة .

الجزء الثاني

المادة 7

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في الحياة السياسية والعامة للبلد، وبوجه خاص تكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، الحق في:

(أ) التصويت في جميع الانتخابات والاستفتاءات العامة، والأهلية للانتخاب لجميع الهيئات التي ينتخب أعضاؤها بالاقتراع العام،

(ب) المشاركة في صياغة سياسة الحكومة وفى تنفيذ هذه السياسة، وفى شغل الوظائف العامة، وتأدية جميع المهام العامة على جميع المستويات الحكومية،

(ج) المشاركة في أية منظمات وجمعيات غير حكومية تهتم بالحياة العامة والسياسية للبلد.

المادة 8

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للمرأة، على قدم المساواة مع الرجل، ودون أي تمييز، فرصة تمثيل حكومتها على المستوى الدولي والاشتراك في أعمال المنظمات الدولية.

المادة 9

1. تمنح الدول الأطراف المرأة حقوقا مساوية لحقوق الرجل في اكتساب جنسيتها أو تغييرها أو الاحتفاظ بها .وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي، أو على تغيير الزوج لجنسيته أثناء الزواج، أن تتغير تلقائيا جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية، أو أن تفرض عليها جنسية الزوج.

2. تمنح الدول الأطراف المرأة حقا مساويا لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالهما .

الجزء الثالث

المادة 10

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة لكي تكفل لها حقوقا مساوية لحقوق الرجل في ميدان التربية، وبوجه خاص لكي تكفل، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) شروط متساوية في التوجيه الوظيفي والمهني، والالتحاق بالدراسات والحصول على الدرجات العلمية في المؤسسات التعليمية على اختلاف فئاتها، في المناطق الريفية والحضرية على السواء، وتكون هذه المساواة مكفولة في مرحلة الحضانة وفى التعليم العام والتقني والمهني والتعليم التقني

العالي، وكذلك في جميع أنواع التدريب المهني،

(ب) التساوي في المناهج الدراسية، وفى الامتحانات، وفى مستويات مؤهلات المدرسين، وفى نوعية المرافق والمعدات الدراسية،

(ج) القضاء على أي مفهوم نمطي عن دور الرجل ودور المرأة في جميع مراحل التعليم بجميع أشكاله، عن طريق تشجيع التعليم المختلط، وغيره من أنواع التعليم التي تساعد في تحقيق هذا الهدف، ولا سيما عن طريق تنقيح كتب الدراسة والبرامج المدرسية وتكييف أساليب التعليم،

(د) التساوي في فرص الحصول على المنح والإعانات الدراسية الأخرى،

(هـ) التساوي في فرص الإفادة من برامج مواصلة التعليم، بما في ذلك برامج تعليم الكبار ومحو الأمية الوظيفي، ولا سيما البرامج التي تهدف إلى التعجيل بقدر الإمكان بتضييق أي فجوة في التعليم قائمة بين الرجل والمرأة،

(و) خفض معدلات ترك الطالبات الدراسة، وتنظيم برامج للفتيات والنساء اللائى تركن المدرسة قبل الأوان،

(ز) التساوي في فرص المشاركة النشطة في الألعاب الرياضية والتربية البدنية،

(ح) إمكانية الحصول على معلومات تربوية محددة تساعد على كفالة صحة الأسر ورفاهها، بما في ذلك المعلومات والإرشادات التي تتناول تنظيم الأسرة.

المادة 11

1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان العمل لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، نفس الحقوق ولا سيما:

(أ) الحق في العمل بوصفه حقا ثابتا لجميع البشر،

(ب) الحق في التمتع بنفس فرص العمالة، بما في ذلك تطبيق معايير اختيار واحدة في شؤون الاستخدام،

(ج (الحق في حرية اختيار المهنة ونوع العمل، والحق في الترقية والأمن على العمل وفى جميع مزايا وشروط الخدمة، والحق في تلقى التدريب وإعادة التدريب المهني، بما في ذلك التلمذة الحرفية والتدريب المهني المتقدم والتدريب المتكرر،

(د) الحق في المساواة في الأجر، بما في ذلك الاستحقاقات، والحق في المساواة في المعاملة فيما يتعلق بالعمل ذي القيمة المساوية، وكذلك المساواة في المعاملة في تقييم نوعية العمل،

(هـ) الحق في الضمان الاجتماعي، ولا سيما في حالات التقاعد والبطالة والمرض والعجز والشيخوخة وغير ذلك من حالات عدم الأهلية للعمل، وكذلك الحق في إجازة مدفوعة الأجر،

(و (الحق في الوقاية الصحية وسلامة ظروف العمل، بما في ذلك حماية وظيفة الإنجاب.

2. توخيا لمنع التمييز ضد المرأة بسبب الزواج أو الأمومة، ضمانا لحقها الفعلي في العمل، تتخذ الدول الأطراف التدابير المناسبة:

(أ) لحظر الفصل من الخدمة بسبب الحمل أو إجازة الأمومة والتمييز في الفصل من العمل على أساس الحالة الزوجية، مع فرض جزاءات على المخالفين،

(ب) لإدخال نظام إجازة الأمومة المدفوعة الأجر أو المشفوعة بمزايا اجتماعية مماثلة دون فقدان للعمل السابق أو للأقدمية أو للعلاوات الاجتماعية،

(ج) لتشجيع توفير الخدمات الاجتماعية المساندة اللازمة لتمكين الوالدين من الجمع بين الالتزامات العائلية وبين مسؤوليات العمل والمشاركة في الحياة العامة، ولا سيما عن طريق تشجيع إنشاء وتنمية شبكة من مرافق رعاية الأطفال،

(د) لتوفير حماية خاصة للمرأة أثناء فترة الحمل في الأعمال التي يثبت أنها مؤذية لها.

3. يجب أن تستعرض التشريعات الوقائية المتصلة بالمسائل المشمولة بهذه المادة استعراضا دوريا في ضوء المعرفة العلمية والتكنولوجية، وأن يتم تنقيحها أو إلغاؤها أو توسيع نطاقها حسب الاقتضاء.

المادة 12

1. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في ميدان الرعاية الصحية من أجل أن تضمن لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، الحصول على خدمات الرعاية الصحية، بما في ذلك الخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة.

2. بالرغم من أحكام الفقرة 1 من هذه المادة تكفل الدول الأطراف للمرأة خدمات مناسبة فيما يتعلق بالحمل والولادة وفترة ما بعد الولادة، موفرة لها خدمات مجانية عند الاقتضاء، وكذلك تغذية كافية أثناء الحمل والرضاعة.

المادة 13

تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المجالات الأخرى للحياة الاقتصادية والاجتماعية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة نفس الحقوق، ولاسيما :

(أ) الحق في الاستحقاقات العائلية،

(ب) الحق في الحصول على القروض المصرفية، والرهون العقارية وغير ذلك من أشكال الائتمان المالي،

(ج) الحق في الاشتراك في الأنشطة الترويحية والألعاب الرياضية وفى جميع جوانب الحياة الثقافية.

المادة 14

1. تضع الدول الأطراف في اعتبارها المشاكل الخاصة التي تواجهها المرأة الريفية، والأدوار الهامة التي تؤديها في توفير أسباب البقاء اقتصاديا لأسرتها، بما في ذلك عملها في قطاعات الاقتصاد غير النقدية، وتتخذ جميع التدابير المناسبة لكفالة تطبيق أحكام هذه الاتفاقية على المرأة في

المناطق الريفية.

2. تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في المناطق الريفية لكي تكفل لها، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة، أن تشارك في التنمية الريفية وتستفيد منها، وتكفل للريفية بوجه خاص الحق في :

(أ) المشاركة في وضع وتنفيذ التخطيط الإنمائي على جميع المستويات،

(ب) الوصول إلى تسهيلات العناية الصحية الملائمة، بما في ذلك المعلومات والنصائح والخدمات المتعلقة بتنظيم الأسرة،

(ج) الاستفادة بصورة مباشرة من برامج الضمان الاجتماعي،

)د) الحصول على جميع أنواع التدريب والتعليم، الرسمي وغير الرسمي، بما في ذلك ما يتصل منه بمحو الأمية الوظيفي، وكذلك التمتع خصوصا بكافة الخدمات المجتمعية والإرشادية، وذلك لتحقيق زيادة كفاءتها التقنية،

(هـ) تنظيم جماعات المساعدة الذاتية والتعاونيات من أجل الحصول على فرص اقتصادية مكافئة لفرص الرجل عن طريق العمل لدى الغير أو العمل لحسابهن الخاص،

(و) المشاركة في جميع الأنشطة المجتمعية،

(ز) فرصة الحصول على الائتمانات والقروض الزراعية، وتسهيلات التسويق، والتكنولوجيا المناسبة، والمساواة في المعاملة في مشاريع إصلاح الأراضي والإصلاح الزراعي وكذلك في مشاريع التوطين الريفي،

(ح) التمتع بظروف معيشية ملائمة، ولا سيما فيما يتعلق بالإسكان والمرافق الصحية والإمداد بالكهرباء والماء، والنقل، والمواصلات.

الجزء الرابع

المادة 15

1. تعترف الدول الأطراف للمرأة بالمساواة مع الرجل أمام القانون.

2. تمنح الدول الأطراف المرأة، في الشئون المدنية، أهلية قانونية مماثلة لأهلية الرجل، وتساوى بينها وبينه في فرص ممارسة تلك الأهلية. وتكفل للمرأة، بوجه خاص، حقوقا مساوية لحقوق الرجل في إبرام العقود وإدارة الممتلكات، وتعاملهما على قدم المساواة في جميع مراحل الإجراءات القضائية.

3. تتفق الدول الأطراف على اعتبار جميع العقود وسائر أنواع الصكوك الخاصة التي يكون لها أثر قانوني يستهدف الحد من الأهلية القانونية للمرأة باطلة ولاغية.

4. تمنح الدول الأطراف الرجل والمرأة نفس الحقوق فيما يتعلق بالتشريع المتصل بحركة الأشخاص وحرية اختيار محل سكناهم وإقامتهم.

المادة 16

.1تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة للقضاء على التمييز ضد المرأة في كافة الأمور المتعلقة بالزواج والعلاقات العائلية، وبوجه خاص تضمن، على أساس المساواة بين الرجل والمرأة:

(أ) نفس الحق في عقد الزواج،

(ب) نفس الحق في حرية اختيار الزوج، وفى عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل،

(ج) نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه،

(ح) نفس الحقوق والمسؤوليات بوصفهما أبوين، بغض النظر عن حالتهما الزوجية، في الأمور المتعلقة بأطفالهما وفى جميع الأحوال، يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

(هـ) نفس الحقوق في أن تقرر، بحرية وبإدراك للنتائج، عدد أطفالها والفاصل بين الطفل والذي يليه، وفى الحصول على المعلومات والتثقيف والوسائل الكفيلة بتمكينها من ممارسة هذه الحقوق،

)د) نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم، أو ما شابه ذلك من الأعراف، حين توجد هذه المفاهيم في التشريع الوطني، وفى جميع الأحوال يكون لمصلحة الأطفال الاعتبار الأول،

)ز) نفس الحقوق الشخصية للزوج والزوجة، بما في ذلك الحق في اختيار إسم الأسرة والمهنة ونوع العمل،

)ح) نفس الحقوق لكلا الزوجين فيما يتعلق بملكية وحيازة الممتلكات والإشراف عليها وإدارتها والتمتع بها والتصرف فيها، سواء بلا مقابل أو مقابل عوض.

.2لا يكون لخطوبة الطفل أو زواجه أي اثر قانوني، وتتخذ جميع الإجراءات الضرورية، بما في ذلك التشريعي منها، لتحديد سن أدنى للزواج ولجعل تسجيل الزواج في سجل رسمي أمرا إلزاميا .

الجزء الخامس

المادة 17

.1من أجل دراسة التقدم المحرز في تنفيذه هذه الاتفاقية، تنشأ لجنة للقضاء على التمييز ضد المرأة (يشار إليها فيما يلي باسم اللجنة) تتألف، عند بدء نفاذ الاتفاقية، من ثمانية عشر خبيرا وبعد تصديق الدولة الطرف الخامسة والثلاثين عليها أو انضمامها إليها من ثلاثة وعشرين خبيرا من ذوى المكانة الخلقية الرفيعة والكفاءة العالية في الميدان الذي تنطبق عليه هذه الاتفاقية، تنتخبهم الدول الأطراف من بين مواطنيها ويعملون بصفتهم الشخصية، مع إيلاء الاعتبار لمبدأ التوزيع الجغرافي العادل ولتمثيل مختلف الأشكال الحضارية وكذلك النظم القانونية الرئيسية.

.2ينتخب أعضاء اللجنة بالاقتراع السري من قائمة أشخاص ترشحهم الدول الأطراف ولكل دولة طرف أن ترشح شخصا واحدا من بين مواطنيها.

.3يجرى الانتخاب الأول بعد ستة أشهر من تاريخ بدء نفاذ هذه الاتفاقية، وقبل ثلاثة أشهر على الأقل من تاريخ كل انتخاب، يوجه الأمين العام للأمم المتحدة رسالة إلى الدول الأطراف يدعوها فيها إلى تقديم ترشيحاتها في غضون شهرين. ويعد الأمين العام قائمة ألفبائية بجميع الأشخاص

المرشحين على هذا النحو، مع ذكر الدولة الطرف التي رشحت كلا منهم، ويبلغها إلى الدول الأطراف.

4.تجرى انتخابات أعضاء اللجنة في اجتماع للدول الأطراف يدعو إليه الأمين العام في مقر الأمم المتحدة. وفى ذلك الاجتماع، الذي يشكل اشتراك ثلثي الدول الأطراف فيه نصابا قانونيا له، يكون الأشخاص المنتخبون لعضوية اللجنة هم المرشحون الذين يحصلون على أكبر عدد من الأصوات وعلى أكثرية مطلقة من أصوات ممثلي الدول الأطراف الحاضرين والمصوتين.

5.ينتخب أعضاء اللجنة لفترة مدتها أربع سنوات .غير أن فترة تسعة من الأعضاء المنتخبين في الانتخاب الأول تنقضي في نهاية فترة سنتين، ويقوم رئيس اللجنة، بعد الانتخاب الأول فورا، باختيار أسماء هؤلاء الأعضاء التسعة بالقرعة.

6.يجرى انتخاب أعضاء اللجنة الإضافيين الخمسة وفقا لأحكام الفقرات 2 و 3 و 4 من هذه المادة بعد التصديق أو الانضمام الخامس والثلاثين. وتنتهي ولاية اثنين من الأعضاء الإضافيين المنتخبين بهذه المناسبة في نهاية فترة سنتين. ويتم اختيار اسميهما بالقرعة من قبل رئيس اللجنة.

7.لملء الشواغر الطارئة، تقوم الدولة الطرف التي كف خبيرها عن العمل كعضو في اللجنة بتعيين خبير آخر من بين مواطنيها،، رهنا بموافقة اللجنة.

8.يتلقى أعضاء اللجنة، بموافقة الجمعية العامة، مكافآت تدفع من موارد الأمم المتحدة بالأحكام والشروط التي تحددها الجمعية، مع إيلاء الاعتبار لأهمية المسؤوليات المنوطة باللجنة .

9.يوفر الأمين العام للأمم المتحدة ما يلزم اللجنة من موظفين ومرافق للاضطلاع بصورة فعالة بالوظائف المنوطة بها بموجب هذه الاتفاقية.

المادة 18

1.تتعهد الدول الأطراف بأن تقدم إلى الأمين العام للأمم المتحدة، تقريرا عما اتخذته من تدابير تشريعية وقضائية وإدارية وغيرها من أجل إنفاذ أحكام هذه الاتفاقية وعن التقدم المحرز في هذا الصدد، كيما تنظر اللجنة في هذا التقرير وذلك :

(أ) في غضون سنة واحدة من بدء النفاذ بالنسبة للدولة المعنية،

(ب) وبعد ذلك كل أربع سنوات على الأقل، وكذلك كلما طلبت اللجنة ذلك،

2.يجوز أن تبين التقارير العوامل والصعاب التي تؤثر على مدى الوفاء بالالتزامات المقررة في هذه الاتفاقية.

المادة 19

1.تعتمد اللجنة النظام الداخلي الخاص بها.

2.تنتخب اللجنة أعضاء مكتبها لفترة سنتين.

المادة 20

.1تجتمع اللجنة، عادة، مدى فترة لا تزيد على أسبوعين سنويا للنظر في التقارير المقدمة وفقا للمادة 18 من هذه الاتفاقية.

.2تعقد اجتماعات اللجنة عادة في مقر الأمم المتحدة أو في أي مكان مناسب آخر تحدده اللجنة.

المادة 21

.1تقدم اللجنة تقريرا سنويا عن أعمالها إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة بواسطة المجلس الاقتصادي والاجتماعي، ولها أن تقدم مقترحات وتوصيات عامة مبنية على دراسة التقارير والمعلومات الواردة من الدول الأطراف. وتدرج تلك المقترحات والتوصيات العامة في تقرير اللجنة مشفوعة بتعليقات الدول الأطراف، إن وجدت.

.2يحيل الأمين العام تقارير اللجنة إلى لجنة مركز المرأة، لغرض إعلامها.

المادة 22

يحق للوكالات المتخصصة أن توفد من يمثلها لدى النظر في تنفيذ ما يقع في نطاق أعمالها من أحكام هذه الاتفاقية. وللجنة أن تدعو الوكالات المتخصصة إلى تقديم تقارير عن تنفيذ الاتفاقية في المجالات التي تقع في نطاق أعمالها .

الجزء السادس

المادة 23

ليس في هذه الاتفاقية ما يمس أية أحكام تكون أكثر مواتاة لتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة تكون واردة:

)أ) في تشريعات دولة طرف ما،

)ب) أو في أية اتفاقية أو معاهدة أو اتفاق دولي نافذ إزاء تلك الدولة.

المادة 24

تتعهد الدول الأطراف باتخاذ جميع ما يلزم من تدابير على الصعيد الوطني تستهدف تحقيق الإعمال الكامل للحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية،

المادة 25

.1يكون التوقيع على هذه الاتفاقية متاحا لجميع الدول.

.2يسمى الأمين العام للأمم المتحدة وديعا لهذه الاتفاقية.

.3تخضع هذه الاتفاقية للتصديق. وتودع صكوك التصديق لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

.4يكون الانضمام إلى هذه الاتفاقية متاحا لجميع الدول. ويقع الانضمام بإيداع صك انضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة 26

.1لأية دولة طرف، في أي وقت، أن تطلب إعادة النظر في هذه الاتفاقية، وذلك عن طريق إشعار خطى يوجه إلى الأمين العام للأمم المتحدة.

.2تقرر الجمعية العامة للأمم المتحدة الخطوات التي تتخذ، عند اللزوم، إزاء مثل هذا الطلب.

المادة 27

.1يبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

.2أما الدول التي تصدق هذه الاتفاقية أو تنضم إليها بعد إيداع صك التصديق أو الانضمام العشرين فيبدأ نفاذ الاتفاقية إزاءها في اليوم الثلاثين الذي يلي تاريخ إيداع هذه الدولة صك تصديقها أو انضمامها.

المادة 28

.1يتلقى الأمين العام للأمم المتحدة نص التحفظات التي تبديها الدول وقت التصديق أو الانضمام، ويقوم بتعميمها على جميع الدول.

.2لا يجوز إبداء أي تحفظ يكون منافيا لموضوع هذه الاتفاقية وغرضها.

.3يجوز سحب التحفظات في أي وقت بتوجيه إشعار بهذا المعنى إلى الأمين العام للأمم المتحدة، الذي يقوم عندئذ بإبلاغ جميع الدول به. ويصبح هذا الإشعار نافذ المفعول اعتبارا من تاريخ تلقيه.

المادة 29

.1يعرض للتحكيم أي خلاف بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق هذه الاتفاقية لا يسوى عن طريق المفاوضات، وذلك بناء على طلب واحدة من هذه الدول. فإذا لم يتمكن الأطراف، خلال ستة اشهر من تاريخ طلب التحكيم، من الوصول إلى اتفاق على تنظيم أمر التحكيم، جاز لأي من أولئك الأطراف إحالة النزاع إلى محكمة العدل الدولية بطلب يقدم وفقا للنظام الأساسي للمحكمة.

.2لأية دولة طرف أن تعلن، لدى توقيع هذه الاتفاقية أو تصديقها أو الانضمام إليها، أنها لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة 1 من هذه المادة .ولا تكون الدول الأطراف الأخرى ملزمة بتلك الفقرة إزاء أية دولة طرف أبدت تحفظا من هذا القبيل .

.3لأية دولة طرف أبدت تحفظا وفقا للفقرة 2 من هذه المادة أن تسحب هذا التحفظ متي شاءت بإشعار توجهه إلى الأمين العام للأمم المتحدة.

المادة 30

تودع هذه الاتفاقية، التي تتساوى في الحجية نصوصها بالأسبانية والإنكليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية لدى الأمين العام للأمم المتحدة.

وإثباتا لذلك، قام الموقعون أدناه، المفوضون حسب الأصول، بإمضاء هذه الاتفاقية.

الملحق (02)

نص التحفظات والإعلانات المقدمة من الجزائر فيما يخص اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

تحفظات

المادة 2:

تُعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أنها على استعداد لتطبيق أحكام هذه المادة بشرط عدم تعارضها مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

المادة 9، الفقرة 2:

تود حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن تعرب عن تحفظاتها بشأن أحكام الفقرة 2 من المادة 9 التي تتنافى مع أحكام قانون الجنسية الجزائري وقانون الأسرة الجزائري.

فقانون الجنسية الجزائري لا يسمح للطفل باكتساب جنسية الأم إلا متى:

-كان الأب غير معروف أو عديم الجنسية؛

-كان الطفل قد ولد في الجزائر لأم جزائرية وأب أجنبي ولد في الجزائر.

وعلاوة على ذلك، بموجب المادة 26 من قانون الجنسية الجزائري، يجوز للطفل الذي يولد في الجزائر لأم جزائرية وأب أجنبي لم يولد على الأرض الجزائرية، أن يكتسب جنسية الأم بشرط عدم اعتراض وزارة العدل على ذلك.

وتنص المادة 41 من قانون الأسرة الجزائري على انتساب الطفل لأبيه من خلال الزواج الشرعي.

وتنص المادة 43 من ذلك القانون على أن "الطفل ينتسب إلى أبيه إذا ولد في غضون الأشهر العشرة التي تعقب تاريخ انفصال الأب عن الزوجة أو تاريخ وفاته."

المادة 15، الفقرة 4:

تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن أحكام الفقرة 4 من المادة 15، المتعلقة بحق المرأة في اختيار مكان إقامتها وسكنها، ينبغي ألا تفسر على نحو يتعارض مع أحكام الفصل 4 (المادة 37) من قانون الأسرة الجزائري.

المادة 16:

تعلن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية أن أحكام المادة 16 المتعلقة بتساوي حقوق الرجل والمرأة في جميع الأمور التي لها صلة بالزواج، أثناء الزواج وعند فسخه على السواء، ينبغي ألا تتعارض مع أحكام قانون الأسرة الجزائري.

المادة 29:

إن حكومة جمهورية الجزائر الديمقراطية الشعبية لا تعتبر نفسها ملزمة بالفقرة 1 من المادة 29، التي تنص على أن أي خلاف ينشأ بين دولتين أو أكثر من الدول الأطراف حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية، ولا يسوى عن طريق المفاوضات، يعرض، بناء على طلب واحدة من هذه الدول، للتحكيم أو على محكمة العدل الدولية.

فحكومة جمهورية الجزائر الديمقراطيـــة الشعبية ترى أنه لا يمكن عرض أي خلاف من هذا القبيل للتحكيم أو إحالته إلى محكمة العدل الدولية إلا بموافقة جميع أطراف النزاع.

الملحق (03)

نص التحفظات والإعلانات المُقدمة من الجزائر فيما يخص العهدين الدوليين

إعلان تفسير: تفسر الحكومة الجزائرية المادة (1)التي هي مشتركة بين العهدين على أنها لا تمس بأية حال حق كافة الشعوب عير القابل للتصرف في تقرير المصير، وفى السيطرة على ثرواتها الطبيعية، وترى أن ما يشار إليه في المادة (3/1) في كلا العهدين، وفي المادة (14) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية من إبقاء حالة التبعية لبعض الأقاليم يتعارض مع ميثاق الأمم المتحدة وأهدافها .

وتفسر الحكومة أحكام المادة (8) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والمادة (22) من العهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية تفسيراً يقضي بجعل القانون هو الإطار الذي تعمل الدول داخله فيما يتعلق بتنظيم ممارسة الحق في إنشاء تنظيم .

وتعتبر الحكومة أحكام الفقرتين 3 – 4 من المادة (13) من العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية لا تمس بأية حال الحق في أن تنظم بحرية نظامها التعليمي .

وتفسر الحكومة أحكام الفقرة 4 من المادة (23) من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية بشأن حقوق ومسئوليات الزوجين أثناء الزواج وعند فسخه على أنها لا تمس بأية حال القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني الجزائري.

الملحق (4)

البرتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة

اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 4 الدورة الرابعة والخمسون بتاريخ 9 أكتوبر 1999

تاريخ بدء النفاذ 22 ديسمبر 2000، وفقا لأحكام المادة 16

إن الدول الأطراف في هذا البروتوكول،

إذ تلاحظ أن ميثاق الأمم المتحدة يؤكد، مجددا، الإيمان بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة الإنسان وقيمته، وبالحقوق المتساوية للرجال والنساء،

وإذ يلاحظ أن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ينادي بأن جميع البشر قد ولدوا أحرارا متساوين في الكرامة والحقوق، وبأن لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات الواردة فيه، دون أي تمييز من أي نوع كان، بما في ذلك التمييز القائم على الجنس،

وإذ يعيد إلى الأذهان، أن العهدين الدوليين لحقوق الإنسان، وغيرهما من الصكوك الدولية لحقوق الإنسان، تحظر التمييز على أساس الجنس،

وإذ يعيد إلى الأذهان، أيضا، أن اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة ("الاتفاقية")، التي تدين فيها الدول الأطراف التمييز ضد المرأة بجميع أشكاله، وتوافق على انتهاج سياسة القضاء على التمييز ضد المرأة بجميع الوسائل المناسبة ودون إبطاء.

وإذ تؤكد، مجددا، تصميمها على ضمان تمتع المرأة، بشكل تام وعلى قدم المساواة، بجميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وعلى اتخاذ إجراءات فعالة لمنع أي انتهاكات لهذه الحقوق والحريات،

قد اتفقت على ما يلي :

المادة 1 تقر الدولة الطرف في هذا البروتوكول ("الدولة الطرف") باختصاص اللجنة الخاصة بالقضاء على التمييز ضد المرأة ("اللجنة") في تلقي التبليغات المقدمة لها وفقا للمادة الثانية، والنظر فيها .

المادة 2 يجوز تقديم التبليغات من قبل الأفراد أو مجموعات الأفراد، أو نيابة عنهم، بموجب الولاية القضائية للدولة الطرف، والتي يزعمون فيها أنهم ضحايا لانتهاك أي من الحقوق الواردة في الاتفاقية على يدي تلك الدولة الطرف. وحيث يقدم التبليغ نيابة

عن أفراد أو مجموعات من الأفراد، فيجب أن يتم ذلك بموافقتهم، إلا إذا أمكن لكاتب التبليغ تبرير عمله نيابة عنهم من دون مثل هذه الموافقة .

المادة 3 يجب أن تكون التبليغات كتابية، ولا يجوز أن تكون مجهولة المصدر. ولا يجوز للجنة تسلم أي تبليغ إذا كان يتعلق بدولة طرف في الاتفاقية، ولكنها ليست طرفا في هذا البروتوكول .

المادة 4 :1- لا تنظر اللجنة في التبليغ إلا إذا تحققت من أن جميع الإجراءات العلاجية المحلية المتوفرة قد استنفدت، وما لم يتم إطالة أمد تطبيق هذه الإجراءات العلاجية بصورة غير معقولة، أو عندما يكون من غير المحتمل أن تحقق إنصافا فعالا .

- 2تعلن اللجنة أن التبليغ غير مقبول في الحالات التالية :

(1)إذا سبق للجنة دراسة المسألة نفسها، أو إذا جرت دراستها في الماضي، أو كانت قيد الدراسة حاليا، بموجب إجراء آخر من إجراءات التحقيق أو التسوية الدولية .

(2)إذا كانت غير متماشية مع أحكام الاتفاقية .

(3)إذا اتضح أنه لا أساس له أو غير مؤيد بأدلة كافية .

(4)إذا شكل ضربا من سوء استخدام الحق في تقديم تبليغ .

(5)إذا حدثت الوقائع التي هي موضوع التبليغ قبل سريان مفعول هذا البروتوكول بالنسبة للدولة الطرف المعنية، إلا إذا استمرت تلك الوقائع بعد ذلك التاريخ .

المادة 5 : 1- يجوز للجنة، في أي وقت بعد تلقي التبليغ، وقبل الفصل فيه بناء على حيثياته الموضوعية، أن تنقل إلى الدولة الطرف المعنية طلبا عاجلا لاتخاذ التدابير المؤقتة الضرورية لتلافي إمكان وقوع ضرر يتعذر إصلاحه لضحية أو ضحايا الانتهاك المزعوم .

- 2في الحالات التي تمارس اللجنة سلطة تقديرية بموجب الفقرة (1)، لا يعني هذا، ضمنا، أنها تقرر بشأن قبول التبليغ أو مدى وجاهته بشكل موضوعي متجرد .

المادة 6 : 1-ما لم تعتبر اللجنة أن التبليغ غير مقبول من دون إحالته إلى الدولة الطرف المعنية، وشريطة أن يوافق الفرد أو الأفراد على الكشف عن هويتهم لتلك الدولة الطرف، فإن على اللجنة إطلاع الدولة الطرف بصورة سرية على أي تبليغ يقدم إليها بموجب هذا البروتوكول .

– 2يتعين على الدولة الطرف المتلقية أن تقدم إلى اللجنة، خلال ستة أشهر، شروحا أو إفادات خطية توضح القضية، والمعالجة، إذا وجدت، التي كان يمكن أن تقدمها تلك الدولة الطرف .

المادة 7 : 1–تنظر اللجنة في التبليغات التي تتلقاها، بموجب هذا البروتوكول، في ضوء جميع المعلومات التي توفر لها من قبل الأفراد أو مجموعات الأفراد أو نيابة عنهم، ومن قبل الدولة الطرف، شريطة نقل هذه المعلومات إلى الأطراف المعنية .

– 2تعقد اللجنة اجتماعات مغلقة عند فحص التبليغات المقدمة بموجب هذا البروتوكول .

– 3بعد فحص التبليغ، تنقل اللجنة آراءها بشأنه، إلى جانب توصياتها، إن وجدت، إلى الأطراف المعنية .

– 4تدرس الدولة الطرف، بعناية، آراء اللجنة، فضلاً عن توصياتها، إن وجدت، وتقدم إليها، خلال ستة أشهر، ردا خطيا، يتضمن معلومات حول أي إجراء يتخذ في ضوء آراء اللجنة وتوصياتها .

– 5يمكن للجنة أن تدعو الدولة الطرف إلى تقديم المزيد من المعلومات حول أي تدابير اتخذتها الدولة الطرف استجابة لآرائها أو توصياتها، إن وجدت، بما في ذلك ما تعتبره اللجنة مناسبا، وذلك في التقارير اللاحقة للدولة الطرف التي تقدم بموجب المادة 18 من الاتفاقية .

المادة 8 : 1–إذا تلقت اللجنة معلومات موثوقا بها تشير إلى حدوث انتهاكات خطيرة أو منهجية للحقوق الواردة في الاتفاقية، على يدي الدولة الطرف، فإن على اللجنة أن تدعو الدولة الطرف إلى التعاون معها في فحص المعلومات، وأن تقدم، لهذه الغاية، ملاحظات تتعلق بالمعلومات ذات الصلة .

– 2يجوز للجنة، بعد أن تأخذ بعين الاعتبار أي ملاحظات يمكن أن تقدمها الدولة الطرف المعنية، فضلا عن أي معلومات أخرى موثوق بها تتوفر لديها، أن تعين عضوا واحدا أو أكثر من أعضائها لإجراء تحقيق، ورفع تقرير عاجل إلى اللجنة. ويجوز أن يتضمن التحقيق القيام بزيارة إلى أراضي الدولة الطرف إذا تم الحصول على إذن بذلك، وبعد موافقة الدولة الطرف المعنية .

– 3بعد فحص نتائج هذا التحقيق، تنقل اللجنة إلى الدولة الطرف المعنية هذه النتائج

مقرونة بأي تعليقات وتوصيات .

– 4يجب على الدولة الطرف المعنية أن تقدم ملاحظاتها إلى اللجنة في غضون ستة أشهر من تسلمها النتائج والتعليقات والتوصيات التي نقلتها إليها اللجنة .

– 5يجب إحاطة هذا التحقيق بالسرية، وطلب تعاون تلك الدولة الطرف في جميع مراحل الإجراءات .

المادة 9 يجوز للجنة أن تدعو الدولة الطرف المعنية إلى تضمين تقريرها المقدم بموجب المادة 18 من الاتفاقية تفاصيل أي تدابير متخذة استجابة للتحقيق الذي أجري بموجب المادة الثامنة من هذا البروتوكول .

– 2يجوز للجنة، إذا اقتضت الضرورة، وبعد انتهاء فترة الأشهر الستة المشار إليها في المادة 8 (4)، أن تدعو الدولة الطرف المعنية إلى إطلاعها على التدابير المتخذة استجابة إلى مثل هذا التحقيق .

المادة 10 يجوز لكل دولة طرف، عند توقيع هذا البروتوكول، أو المصادقة عليه، أو الانضمام إليه، أن تعلن أنها لا تعترف باختصاص اللجنة المنصوص عليه في المادتين 8 و 9 .

– 2يجوز لأي دولة طرف أصدرت إعلانا وفقا للفقرة الأولى من هذه المادة، أن تقوم، في أي وقت، بسحب هذا الإعلان عبر تقديم إشعار إلى الأمين العام .

المادة 11 تتخذ الدولة الطرف جميع الخطوات المناسبة لضمان عدم تعرض الأفراد التابعين لولايتها القضائية لسوء المعاملة أو الترهيب نتيجة اتصالهم باللجنة بموجب هذا البروتوكول .

المادة 12 تدرج اللجنة في تقريرها السنوي المقدم بموجب المادة 21 من الاتفاقية، ملخصا للأنشطة التي تمارسها بموجب هذا البروتوكول .

المادة 13 تتعهد كل دولة طرف بإشهار الاتفاقية وهذا البروتوكول على نطاق واسع، والقيام بالدعاية لهما، وتسهيل عملية الحصول على المعلومات المتعلقة بآراء اللجنة وتوصياتها، وبخاصة حول المسائل المتعلقة بتلك الدولة الطرف .

المادة 14 تعد اللجنة قواعد الإجراءات الخاصة بها، والواجب اتباعها عندما تمارس المهام التي خولها إياها البروتوكول .

المادة 15 : 1–يفتح باب التوقيع على هذا البروتوكول لأي دولة وقعت على الاتفاقية،

أو صادقت عليها، أو انضمت إليها .

– 2يخضع هذا البروتوكول للمصادقة عليه من قبل أي دولة صادقت على الاتفاقية أو انضمت إليها. وتودع صكوك المصادقة لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

– 3يفتح باب الانضمام إلى هذا البروتوكول لأي دولة صادقت على الاتفاقية أو انضمت إليها .

– 4يصبح الانضمام ساري المفعول بإيداع صك الانضمام لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

المادة 16 : 1–يسري مفعول هذا البروتوكول بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إيداع الصك العاشر للمصادقة، أو الانضمام، لدى الأمين العام للأمم المتحدة .

– 2بالنسبة لكل دولة تصادق على هذا البروتوكول، أو تنضم إليه، بعد سريان مفعوله، يصبح هذا البروتوكول ساري المفعول بعد ثلاثة أشهر من تاريخ إيداعها صك المصادقة، أو الانضمام، الخاص بها .

المادة 17 لا يسمح بإبداء أي تحفظات على هذا البروتوكول .

المادة 18 :1–يجوز لأي دولة طرف أن تقترح إجراء تعديل على هذا البروتوكول، وأن تودعه لدى الأمين العام للأمم المتحدة. ويقوم الأمين العام، بناء على ذلك، بإبلاغ الدول الأطراف بأي تعديلات مقترحة، طالبا منها إخطاره بما إذا كانت تحبذ عقد مؤتمر للدول الأطراف بغية دراسة الاقتراح، والتصويت عليه. وفي حال اختيار ما لا يقل عن ثلث الدول الأطراف عقد مثل هذا المؤتمر، يدعو الأمين العام إلى عقده تحت رعاية الأمم المتحدة. ويقدم أي تعديل تعتمده أغلبية الدول الأطراف التي تحضر المؤتمر، وتدلي بصوتها فيه، إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة لإقراره .

– 2يسري مفعول التعديلات عندما تقرها الجمعية العامة للأمم المتحدة، وتقبل بها الدول الأطراف في هذا البروتوكول بأغلبية الثلثين، وفقا للعمليات الدستورية في كل منها .

– 3عندما يسري مفعول التعديلات، تصبح ملزمة للدول الأطراف التي قبلت بها، بينما تظل الدول الأطراف الأخرى ملزمة بأحكام هذا البروتوكول، وأي تعديلات سابقة تكون قد قبلت بها .

المادة 19 :– يجوز لأي دولة طرف أن تبدي رغبتها في نبذ هذا البروتوكول، في أي

وقت، بموجب إشعار خطي موجه إلى الأمين العام للأمم المتحدة. ويسري مفعول الانسحاب من البروتوكول بعد ستة أشهر من تاريخ تلقي الإشعار من قبل الأمين العام .

– 2يتم نبذ هذا البروتوكول من دون المساس بأحقية استمرار تطبيق أحكامه على أي تبليغ قدم بموجب المادة الثانية، أو أي تحقيق بوشر فيه بموجب المادة الثامنة، قبل تاريخ سريان مفعول الانسحاب الرسمي .

المادة 20 يبلغ الأمين العام للأمم المتحدة جميع الدول بالتالي :

)أ) التوقيعات والمصادقات وعمليات الانضمام التي تتم بموجب هذا البروتوكول .

)ب) تاريخ سريان مفعول هذا البروتوكول وأي تعديل له يتم بموجب المادة 18 .

)ج) أي انسحاب من البروتوكول بموجب المادة 19 .

المادة 21 : 1–يتم إيداع هذا البروتوكول، الذي تتمتع نصوصه العربية والصينية والإنجليزية والفرنسية والروسية والأسبانية بالدرجة نفسها من الموثوقية، في أرشيف الأمم المتحدة .

– 2يبعث الأمين العام للأمم المتحدة بنسخ مصدقة من هذا البروتوكول إلى جميع الدول المشار إليها في المادة الخامسة والعشرين من الاتفاقية.

قائمة المـراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أولاً- المراجع العامة

أ- باللغة العربية

1- ابن منظور ، لسان العرب، تنسيق علي شيري، الطبعة الأولى، المجلد6، دار إحياء التراث العربي، 1988.

2- الطاهر الرازي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب.

3- الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.

4- الكاساني علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، ج2، النكاح، دار الكتب العلمية، بيروت،2003.

5- الطبري محمد بن جرير بن يزيد، جامع البيان عن تأويا آي القرآن،ج2، دار الفكر، بيروت،1984.

6- الصنعاني، محمد بن اسماعيل سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، ج3، دار المنار، القاهرة، 2002.

7- الجصاص أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، ج3، ط1، دارالكتب العربية، بيروت، 1994

8- الشوكاني، محمد بن علي اليمني، نيل الاوطار من أسرار منتقى الأخبار، ط1، ج12، كتاب النكاح، دار ابن الجوزي، جدة، 2002.

9- الفيروز آبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط8، ج1، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005.

10- القرطبي محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، ط1، ج3، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2006.

11- ابن عابدين محمد الأمين، حاشية رد المحتار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان،ج3، دار الفكر، بيروت،1979.

12- الحافظ ابن حجر العسقلاني الشافعي، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج9، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة.

13- الحطاب أبو عبد الله،محمد بن محمد بن عبدالرحمن المغربي، مواهب الجليل لشرح مختصرخليل، ط3،ج3، كتاب النكاح، دار الفكر، بيروت،1992.

14- ابو محمد، عبدالملك بن هشام، السيرة النبوية ،ج1، دار المعرفة ، بيروت ، بدون سنة .

15- ابو عبداله محمد بن سعد بن منيع البصري ، الطبقات الكبرى، ج1 ، دار صادر، بيروت ، 1968 .

16- الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج3، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.

17- ابن قدامة، أبومحمد، موقف الدين،عبدالله بن أحمد بن محمد،المغني،ج9،دار الكتاب العربي، بيروت،1983.

18- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج1، كتاب النكاح، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995.

19- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد،ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1992.

20- ابن العربي أبو بكر المالكي، أحكام القرآن،ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003.

21- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، دار الفكرالعربي، القاهرة، 2005.

22- أبو زهرة محمد ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ،دار الفكر العربي ، القاهرة.

23- ابن جزي أبي القاسم محمد بن أحمد الغرناطي المالكي، القوانين الفقهية، دارالكتاب العربي، بيروت،1984.

24- إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ،ط1، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي ،2006.

25- الامام الباجي أبو الوليد سليمان الأندلسي المالكي ، المنتقى شرح موطا الامام مالك ج3، دار الفكر ، بيروت ، 1983.

26- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الاحوال الشخصية المغربي، ج1، مكتبة المعارف، الرباط، 1987.

27- المرداوي علاء الدين أبو الحسن الدمشقي الحنبلي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام احمد بن حنبل،ج8، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبةابن تيمية، السعوية ، 1957.

28- أبرباش أرزقي العربي ، مختصر تاريخ النظام القانونية والاجتماعية القديمة، الإسلامية، الجزائر، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

29- آباش أحمد ، الأسرة بين الجمود والحداثة ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2011.

30- احمد الحصري، النكاح والقضايا المتعلقة به،ط1، دار ابن زيدون، بيروت، 1986.

31- أحمد الغندور ، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي ، مكتبة الفلاح ، بدون سنة.

32- احمد اسكندري، ومحمد ناصر بوغزالة، محاضرات في القانون الدولي العام، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 1998.

33- الغوثي بن ملحة ، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ج1، ط1 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004.

34- الشاطبي ابراهيم ابم موسى الغرناطي، الموافقات في أصول الاحكام، ج1، دار الفكر، بيروت، بدون سنة.

35- اسماعيل البامري، أحكام الأسرة الزواج والطلاق بين الحنفية والشافعية دراسة مقارنة بالقانون، ط1، دار الحامد، الأردن، 2009.

36- أنور الخطيب، المدنية في الشرع الاسلامي والقوانين اللبنانية، منشورات المكتب التجاري للطباعة والتوزيع والنشر، بيروت.

37- باسمه كيال، تطور المرأة عبر التاريخ، مؤسسة عز الدين للطباعة والنشر، بيروت، 1981.

38- باية عبدالقادر، العهدان الدوليان لحقوق الانسان بين الالتزام والتحفظ، دار هومه، الجزائر، 2014.

39- بن شويخ الرشيد ، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل دراسة مقارنة مع بعض التشريعات العربية، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

40- بن داوود ابراهيم، المعاهدات الدولية فيالقانون الدولي دراسة تطبيقية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2010.

41- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة غلى التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري (دراسة مقارنة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائري ، 2011 .

42- بلحاج العربي ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (وفق آخر التعديلات ومدعم بأحداث إجتهادات المحكمة العليا) ، ج1 ،أحكام الزواج ، (الطبعة السادسة مزيدة و منقحة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2012.

43- بلحاج العربي ، قانون الأسرة مع تعديلات الأمر02/05 ومعلقاً عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال أربعين سنة 1966-2006، ط3، مزيدة ومنقحة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

44- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري،ج1، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2008 .

45- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري(دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، دار هومه، الجزائر، 2007.

46- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية،ج1، دار النهضة العربية،بيروت،1967.

47- بدران أبو العينين بدران ، الزواج والطلاق في الإسلام ،ط2، مطبعة دار التأليف الإسكندرية ، 1961 .

48- بن عبيدة عبدالحفيظ، الحالة المدنية وإجراءاتها في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2004.

49- بوقفة عبد الله ، القانون الدولي المعاصر والقانون الدستوري، دراسة مقارنة، دار الهدى، الجزائر، 2012.

50- بوسلطان محمد ، فعاليات المعاهدات الدولية (البطلان والإنهاء وإجراءات حل المنازعات الدولية المتعلقة بذلك)، دار الغرب، وهران، 2005.

51- بن داوود عبد القادر ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، موسوعة الفكر القانوني، دار الهلال للخدمات الاعلامية، وهران، 2005.

52- بن عزوز عبد القادر ، أحكام فقه الأسرة دراسة مقارنة، ط1، دار قرطبة، الجزائر، 2007.

53- بوعزيز يحيى ، المرأة الجزائرية وحركة الإصلاح النسوية العربية، دار الهدى، الجزائر، 2000.

54- بلمهدي يوسف ، البعد الزماني والمكاني وأثرهما في الفتوى، دار الوعي، رويبة، الجزائر، 2008.

55- تشوار جيلالي، الزواج والطلاق تُجاه الاكتشافات الحديثة للعلوم الطبية والبيولوجية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

56- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ج1 وج2، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.

57- تيسير فتوح حجة، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز إعلام حقوق الإنسان والديمقراطية شمس، رام الله فلسطين، 2009.

58- تقية عبد الفتاح ، النصوص التشريعية في قضايا الأحوال الشخصية ، قانون الأسرة مدعما بأحدث الاجتهادات القضائية والتشريعية (دراسة مقارنة) ، ط1 ،ذر الكتاب الحديث ، القاهرة ،2012.

59- تقية عبد الفتاح ، دروس في تاريخ النظم القانونية، الطبعة الثانية، منشورات تالة، الجزائر، 2006.

60- جبر محمود الفضيلات، بناء الأسرة المسلمة على ضوء الفقه والقانون، دار الشهاب، باتنة، 1987.

61- حمدي اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، دار افكر الجامعي، الأسكندرية، 2007.

62- حسني النصار، حقوق المرأة في التشريع الإسلامي والدولي المقارن، دار الثقافة للطباعة والنشر، الإسكندرية.

63- حسن عبدالغني أبو غدة، حق المرأة في اشتراط عدم الزواج عليها دراسة شرعية اجتماعية، مكتبة الرشد ناشرون، الرياض، 2005.

64- خراز عبد الحميد ، فلسفة الزواج وبناء الأسرة في الإسلام، دار الشهاب، الجزائر، 1987.

65- رشاد حسن خليل ، نظرية المساواة في الشريعة الإسلامية ، ج1 ، ط1 ، دار الفاروق ، القاهرة ، 2007.

66- رشاد حسن خليل، نظرية المساواة في الشريعة الاسلامية، ج2، ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

67- رعد مقداد محمود الحمداني، النظام المالي للزوجين، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والتشريعات العربية والتشريعات الفرنسية، ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003.

68- زهير أحمد السباعي، ومحمد علي البار، الطبيب أدبه وفقهه، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1997.

69- زقور أحسن ، شبهات حول قوانين الأحوال الشخصية في البلدان الإسلامية ودفعها (قانون الأسرة الجزائري نموذجاً)، منشورات الأديب، وهران، 2007.

70- سهيل حسين الفتلاوي ، حقوق الإنسان في الإسلام، دراسة مقارنة في ضوء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، 2001.

71- سعاد ابراهيم صالح، قضايا المرأة المعاصرة رؤية شرعية ونظرة واقعية، ط1، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2008.

72- سالم البهنساوي، المرأة بين الإسلام والقوانين العالمية، الطبعة الأولى، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 2003.

73- سالم البهنساوي ، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء ، ط2 ، دار القلم ، الكويت ، 1984.

74- سالم بن عبد الغني الرافعي ، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب ، الطبعة الأولى ، دار إبن حزم للطباعة و النشر و التوزيع ، 2002.

75- ساسي بن حليمة ، دراسات في الأحوال الشخصية، مركز النشر الجامعي ، تونس ، 2012 .

76- سناء الخولي، الزواج والعلاقات الأسرية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.

77- سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، طبعة ثانية مزيدة منقحة ، دار البعث للطباعة و النشر ، قسنطينة ، الجزائر .

78- سعد عبد العزيز ، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد (أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل) ، ط4 ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010.

79- سعد عبد العزيز ، نظام الحالة المدنية في الجزائر، ط2، دار هومه، الجزائر، 1995.

80- شطاب كمال ، حقوق الأنسان في الجزائربين الحقيقة الدستورية والواقع المفقود، دار الخلدونية، الجزائر، 2005.

81- شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي والتشريع المصري واجتهادات القضاء الفرنسي، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.

82- طاهري حسين، ألأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعما باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

83- عباس العبودي،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،1997.

84- عباس محمود العقاد، المرأة في القرآن، ط6، نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.

85- عبدالعزيز سرحان، مبادئ القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.

86- عبد الغني محمود، التحفظ على المعاهدات الدولية في القانون الدولي العام والشريعة الاسلامية، دار الاتحاد، القاهرة، 1986.

87- عبدالله ابن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، الكتاب الأول،الزواج،ط1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2005.

88- عبد الرحمان الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية، دارالفكرالعربي، القاهرة.

89- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات دار الفكر، بيروت ، 1934.

90- عبد الكبير العلوي المدغري ، المرأة بين أحكام الفقه والدعوة إلى التغيير، ط1، مطبعة فضالة ، المغرب، 1999.

91- عثمان التكروري ، شرح قانون الأحوال الشخصية وفقا لأحدث التعديلات، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009.

92- عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية،ج1، نظرية القانون بين التقليد والحداثة، برتي للنشر، الجزائر، 2009.

93- علاء حسين علي، الأنفرادية في سياقالألتزامات التعاقدية(دراسة في دور الأرادة المنفردة في النطاق العقدي)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011.

94- علي علي سليمان ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ,الجزائر ،2006.

95- علي يوسف الشكري، حقوق الإنسان في ظل العولمة، ط1،دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

96- عمر سعد الله، المنظمات الدولية غير الحكومية في القانون الدولي بين النظرية والتطور، دار هومه، الجزائر، 2009.

97- عمر رضا كحالة، المرأة في القديم والحديث، سلسلة البحوث الاجتماعية، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت،1982.

98- عمر رضا كحالة، المراة في عالمي العرب والإسلام، سلسلة البحوث الاجتماعية، الجزء الثامن، الطبعة الثانية، مؤسسة الرسالة، بيروت،1982.

99- عمر سليمان الاشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،الطبعة الرابعة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2012

100-عمار عبد الواحد عمار الداودي، العلاقات بين الزوجين جدلية التقليد والتجديد في القانون التونسي والمقارن، مركز النشر الجامعي، تونس، 2007.

101-فتحي الدريني ، دراسات و بحوث في الفكر الإسلامي المعاصر دار قتيبة، بدون سنة.

102-فؤاد حيدر، المرأة في الإسلام وفي الفكر الغربي، ط1، دار الفكر، بيروت، 1992.

103-فضيل سعد ، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ، ج1 ، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986

104-فيلالي علي ، مقدمة في القانون ، طبعة جديدة منقحة و مصححة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر ،2010.

105-فيلالي علي ، الالتزمات ،ج 1/ ط 2، م.و.ف.م الجزائر،2008.

106-لحسين بن الشيخ آث ملويا، المُنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول،دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2005.

107-لعسري عباسية، حقوق المرأة والطفل في القانون الدولي الإنساني، دار الهدى، الجزائر،2006.

108-لوعيل محمد لمين، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر،2004.

109-ليلي ابراهيم أبو المجد، أحكام النساء في التلمود، عقود الزواج، ط1، الدار الثقافية للنشر، القاهرة، 2006.

110-مبروك حسين، تحرير النصوص القانونية (القوانين، الأوامر، المراسيم، القرارات الإدارية)،ط4، دار هرمة،الجزائر،2010.

111-مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة الثانية ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2003.

112-محمود علي السرطاوي ، فقه الأحوال الشخصية ، الزواج و الطلاق ط1 ، دار فكرة الأردن ، 2008 .

113-محمد الصالح الصديق، نظام الأسرة في الإسلام، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 1999.

114-محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية،ط2، دار السلام للنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، 2007.

115-محمد الغزالي، قضايا المرأة بين التقاليد الراكدة والوافدة، ط1، دار الهناء، الجزائر، 2001.

116-محمد قطب، شبهات حول الإسلام، ط15، دار الشروق، بيروت، 1982.

117-محمد سعيد رمضان البوطي، المرأة بين طغيان النظام الغربي ولطائف التشريع الرباني، ط12، دار افكر المعاصر، بيروت، 2010.

118-محدة محمد ، الخطبة والزواج دراسة مدعمة بالقرارات والأحكام القضائية، ط2، دار الشهاب، الجزائر،2000.

119-محمد بن سيدي محمد بن مولاي، تنوير العقول بمعرفة مسائل من مهمات الأصول ط1، دار ابن حزم، بيروت، 2006.

120-محمد بن اسحاق بن يسار المطلبي المدني ،السيرة النبوية ،ج1، دار الكتب العلمية ، بيروت ،2004.

121-محمد بلتاجي، دراسات في أحكام الأسرة، دراسة مقارنة، الناشر مكتبة الشباب ،1988.

122-محد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة الصحيحة، دار السلام، مصر، 2005.

123-محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، ط1،المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب،2001.

124-محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي(الجزائر،تونس، المغرب، ليبيا، موريثانيا)، ط1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، المغرب، 2009.

125-محمدصبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنةفي القوانين العربية، ط4، دار الهدى، 2009.

126-محمد مصطفى البغا، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري(الزواج والطلاق)، منشورات جامعة دمشق، 2008.

127-محمد سلام مدكور، أحكام اسرة في الاسلام، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.

128-محمد علوشيش الورتلاني، أحكام التعامل مع غير المسلمين والاستعانة بهم(دراسة فقهية مقارنة)، ط1، دار التنوير، الجزائر، 2004.

129-محمد سعادي، مفهوم القانون الدولي العام، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

130-محمد سامي عبدالحميد ومصطفى سلامة حسين، القانون الدولي العام، الدارالجامعية، بيروت، 1988.

131-مهري محمد ، حقوق الإنسان إشكالياتها وموقعها في شرعنا وتشريعاتنا، منشورات السائحي، الجزائر،2010.

132-مصطفى شبلي، أحكام الأسرة في الإسلام،ط4 ،الدار الجامعية بيروت،1983.

133-مصطفى السباعي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، دار الفكر العربي ، سوريا .

134-مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، الطبعة الثانية، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2003.

135-مصطفى الجمال، قانون الأسرة لغير المسلمين، الدار الجامعية، مصر، 1996.

136-مرتضى المطهري ، حقوق المرأة في النظام الإسلامي ، مكتبة الفقيه ، الكويت ، 1986 .

137-مولاي ملياني، حقوق المراة في الشريعة الإسلامية، قصر الكتاب، البليدة،الجزائر، 1997.

138-مروك نصر الدين، قانون الأسرة بين النظرية والتطبيق، دار الهلال للخدمات الاعلامية، الجزائر، 2004.

139-منى أبو الفضل، المرأة العربية والمجتمع في قرن، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 2002.

140-ناي بنسادون، حقوق المرأة منذ البداية حتى أيامنا، ترجمة وجيه البعيني، الطبعة الأولى، دار عويدات للنشر والطباعة، بيروت ، 2001.

141-نصر سليمان وسعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى، الجزائر، 2002.

142- هند معدلي، الزواج في الشرائع السماوية والوضعية، ط1، دار قتيبة، دمشق، 2004.

143-وهبة الزحيلي،الأسرة المسلمة في العالم المعاصر، دار الفكر، بيروت، 2008.

144-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته،ج7،ط2،دار الفكر، دمشق، 1985.

145-وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الاسلامي، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.

146-يوسف عبد الفتاح المر صفي ،النظريات الفقهية(نظرية العقد ، نظرية الحق ، نظرية النيابة)،ط1، مؤسسة المختار،القاهرة ،2001.

ب- باللغة الفرنسية

1- C. RENAULT – BRAHINSKY, Droit de la famille, 2em édition, Gualino éditeur, Paris,2006.
2- D.TCHOUAR , Réflexions sur les questions épineuses du code algérien de la famille , O.P.U.2004.
3- D. RUZIE,Droit international public, 14 édition, Dalloz, Paris,1999.
4- F.Debove et R.SALOMON et T.Janville, Droit de la famille , 2ème édition , Vuibert , Paris, 2006
5- GH. BENMELHA, Elements du droit algerien de la famille, tome 1er, O.P.U.1993.
6- G.H.BOUSQUET. Précis de droit musulman, Alger,1950.
7- C. RICHARD, De l'esprit de la législation musulmane, Alger,1949.
8- L. ANTONINI- COCHIN et CH. COURTIN , L'éssentiel de la jurisprudence civile famille 60 grandes décisions commentées, 2em édition, Gualino éditeur, Paris,2010.
9- J.MAZEAUD. leçons de droit civil ,Les personnes (mariage, filiation incapacités),Editions Montchrestien , 5ème édition.
10- MAZEAUD, leçon de droit civil, Tome 1, par M.de Juglart,1er Volume, édit Montchrestien, Paris.1969
11- P.RAYNAUD , Droit civil , Les personnes, 3ème édition, SIREY,1976.
12- M. MORAND ,avant ,projet de code , présenté à la commission de codification du droit musulman algérien, Paris,1916 .

ثانياً– المراجع المتخصصة

1- بوروبي شمس الدين ، قانون الأسرة والمقترحات البديلة، ط1، دار الأمة، الجزائر، 2002.

2- حمود حمبلي، المساواة في نولي الوظائف العامة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار الأمل، الجزائر، 2000.

3- خالد مصطفى فهمي، حقوق المرأة بين الإتفاقيات الدولية والشريعة الإسلامية– دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية،2007.

4- خديجة كرار الشيخ الطيب بدر، الأسرة في الغرب أسباب تغيير مفاهيمها ووظيفتها، دراسة نقدية تحليلية،ط1، دار الفكر، دمشق، 2009.

5- رشدي شحاته أبو زيد، اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة من المنظور الإسلامي،ط1، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الاسكندرية، 2009.

6- زكي علي السيد أبو غضة، المرأة بين الشريعة وقاسم أمين، ط1، دار الوفاء، القاهرة، 2004.

7- عبد العظيم المطعني، حقوق المرأة والطفل بين الإسلام والوثائق الدولية، نقد لوثيقة بكين، ط1، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.

8- فؤاد بن عبدالكريم العبد الكريم، العدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية، ط1، مكتبة الملك فهد الوطنية للنشر، 2005.

9- محمد عبد الحميد أبو زيد، مبدأ المساواة بين الجنسين شرعاً ووضعاً، 2004.

10-محمد علي السالم عياد الحلبي، مبدأ المساواة في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

11-منال فنجان علك، مبدأ عدم التمييز ضد المرأة في القانون الدولي والشريعة الاسلامية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

12-منتصر سعيد حمودة، الحماية الدولية للمرأة دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2010.

13-مساعدي عمار ، مبدأ المساواة وحماية حقوق الإنسان في أحكام القرآن ومواد الإعلان، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

14-نهى القاطرجي ، المرأة في منظومة الأمم المتحدة رؤية إسلامية، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت، 2006.

15-هالة سعيد تبسي، حقوق المرأة في ظل اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

16- هبة رؤوف عزت، المرأة والعمل السياسي رؤية إسلامية، دار المعرفة، القاهرة، 2001.

17-وسام حسام الدين الأحمد، حماية حقوق المرأة في ضوء أحكام الشريعة الاسلامية والاتفاقات الدولية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، 2009.

18-يحياوي أعمر ، المساواة في الحقوق بين الرجل والمرأة في القانون الدولي والتشريع الجزائري، دار الأمل، الجزائر، 2010.

ثالثاً- أطروحات الدكتوراه و مذكرات الماجستير

أ-أطروحات الدكتوراه

I باللغة العربية

1- بن الشويخ الرشيد، الأحكام الثابتة والمتغيرة في قانون الأسرة الجزائري ، رسالة دكتوراه،جامعة البليدة، 2001-2002.

2- بن داوود ابراهيم، إعادة النظر في المعاهدات الدولية وانتهائها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2007.

3- تقية عبد الفتاح ، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون، السنة الجامعة 2007/2006.

4- حبشي لزرق، أثر سلطة التشريع على الحريات العامة وضماناتها، رسالة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2013/2012.

5- داودي عبد القادر ، مقاصد نظام الأسرة في التشريع الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة وهران،كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، 2004-2005.

6- طالبي سرور، تحفظات الدول العربية على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد النساء، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008/2007.

7- قاسمية جمال، منع التمييز في القانون الدولي لحقوق الإنسان وآثاره، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007/2006.

8- منادي مليكة بريكة، أحكام الأسرة بين الثابت والمتغير في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، 2006/2005.

9- محفوظ بن الصغير،الإجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، رسالة الدكتوراه، جامعة باتنة، 2009.

II باللغة الأجنبية

10- D.TCHOUAR. Causes de nullité de mariage et causes de divorce en droit algérien, Thése, Rennes , 1987.

ب-مذكرات الماجستير

11- اسامة ذيب مسعود، أثر الاكراه في عقد النكاح، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلسن فلسطين، 2006.

12- بولقناطر عادل، ترقية وحماية حقوق المرأة الإفريقية في القانون الدولي الأفريقي بين النظرية والتطبيق(فعالية وواقع)، مذكرة ماجستير ،جامعة الجزائر،2010-2011.

13- بن عومر محمد الصالح، القضاء الإستعجالي في شؤون الأسرة ، مذكرة ماجستير ،جامعة بشار،2006-2007.

14- بن زايد فاطنة ، صور المساواة بين الرجل و المرأة في قانون الأسرة الجزائري (دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية) ، مذكرة ماجيستر ، جامعة أدرار ،2008-2009 .

15- بوقطوف خميسي، التزامات دول شمال إفريقيا بالنصوص الدولية المتعلقة بحقوق المرأة، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010.

16- توفيق شندارني، فسخ عقد الزواج في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستر، جامعة الجزائر،1996/1995.

17- حمزة سلامة نهار الغرير، اتفاقية سيداو في ضوء الشريعة الاسلامية، مذكرة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن،2011.

18- رواق فتيحة، تمييز أركان عقد الزواج عن شروطه، مذكرة ماجستر، جامعة الجزائر،1995/1994.

19- سعيد قاضي، رضا المكلفة في إنشاء عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر(1)، السنة الجامعية 2010-2011.

20- طالبي سرور، حماية حقوق المرأة في التشريعات الجزائرية مقارنة مع اتفاقيات حقوق الأنسان(الظروف العادية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000/1999.

21- عبدو أحمد، مدى حرية المرأة في إبرام عقد الزواج، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر،2000.

22- عياشي جمال ، قيود تعدد الزوجات بينالشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر، 2005/2004.

23- كرغلي مصطفى، التحفظ في ظل القانون الدولي لحقوق الانسان، مذكرة ماجستير، جامعة بومرداس، 2006/2005.

24- مشعل العتيبي، التعسف في استعمال حق الولاية على المرأة(دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية، الرياض، 2009.

25- نادية بن فليس، تعدد الزوجات في ظل التحولات الإقتصادية،الإجتماعية، الثقافية، مذكرة ماجستير، جامعة باتنة، 2005/2004.

26- وحياني الجيلالي، مظاهر المساواة بين الزوجين في قانون الأسرة الجزائري على ضوء الاتفاقيات الدولية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2008-2009.

رابعاً- المقالات:

أ- باللغة العربية

1- أوسكين عبد الحفيظ ،النظام القانوني للإنسان قبل ولادته، قانون الأسرة والتطورات العلمية،مخبر القانون والتكنلوجيا الحديثة، جامعة وهران، 2007.

2- أمال أيزين، المراة التركية الوارثة للتقاليد الوطنية الإسلامية، محاضرات ومناقشات الملتقى الحادي عشر للفكر الإسلامي، المجلد الثالث، 06-1977/02/15، ورجلان، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 1984.

3- أماني أبو الفضل فرج ، تحرير المرأة العربية فلسفة الجندر نموذجاً دراسة في المصطلح والمفهوم، المرأة وتحولات عصر جديد، وقائع ندوة دار الفكر في أسبوعها الثقافي الثالث، دار الفكر، دمشق، 2002.

4- أحمد محجودة، رسالة الاجتهاد القضائي في دولة القانون،م ق . م ع. 1989، عدد1.

5- الاكحل بن حواء، مقارنة بين تزويج المرأة في الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، مجلة الاصالة، جانفي 1978،العدد53.

6- أحمد زوكاغي، اعتناق الديانة الإسلامية وأثره على صحة الزواج من امرأة كتابية، مجلة الملحق القضائي، المعهد العالي للقضاء، المغرب،مطبعة السلام، الرباط، 2010، العدد43.

7- بلحاج العربي، التعسف في إستعمال الحق في القانون المدني الجزائري، م.ج،1992.العدد2 .

8- بلحاج العربي،تفويت فرصة الزواج.....م.ج.ع.ق.س،جامعة تلمسان. 2010، العدد8.

9- بلحاج العربي، حكم الشريعة الإسلامية في أعمال الطب والجراحة المستحدثة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، الرياض، 1993.

10- بن شويخ الرشيد ،وضعية حقوق المرأة المطلقة في الجزائر ،م.ع.ق.إ.س،كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، ، 2012، العدد 12.

11- بومدين محمد، سلطة القاضي في منح رخصة تعدد الزوجات(دراسة مقارنة)، مجلة الفقه والقانون، ديسمبر2013، العدد14،المغرب.

12- بوتخيل معطي بجامعة سعد دحلب بالبليدة، في مقاله أهم تحديات الأسرة الجزائرية والرهانات المطروحة" المنشور في مجلة الثقافية الإسلامية، العدد التجريبي. سنة 2004.

13- بوكايس سمية، ولاية الزواج في التشريع الأسري الجزائري مابين الإلغاء والإبقاء،مجلة الفقه والقانون، ، جوان 2014، العدد20، المغرب،

14- بن عومر محمدالصالح، مواطنة المرأة المغاربية من خلال تشريعات الاحوال الشخصية المغاربية(الجزائر، تونس، المغرب)، الندوة المغاربية الدولية الثانية حول"المواطنة والحكم الراشد في المغرب العربي"، المنعقدة بجامعة ورقلة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، يومي 23 و 24 سبتمبر 2013.

15- بن عومر محمد الصالح، خصائص العقد الإلكتروني و طبيعته القانونية في التشريع الجزائري و بعض النظم المقارنة، يوم دراسي حول الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت ،2012/11/22، المركز الجامعي تمنراست .

16- بدري جمال، الطبيعة القانونية لحق الموعود له الناتج عن عقد الوعد–دراسة مقارنة– م ج.ع.ق إ، ، مارس 2012، عدد01جامعة الجزائر م. و. ف. م،الجزائر.

17- براهيمي حنان ، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، العدد الرابع.

18- بدران مراد ، دسترة الإسلام في الجزائر، الأسباب وبعض النتائج،، م.ع.ق.إ.س،تلمسان، 2013، العدد12.

19- بويزري سعيد ، قانون الأسرة الجزائري ماله و ما عليه، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الإنسانية، مارس2000، العدد5.

20- تشوار جيلالي، عولمة القانون و مدى تأثيرها على أحكام الأسرة، م.ج.ع.ق.إ.جامعة الجزائر،2008، العدد03، موفم للنشر، الجزائر.

21- تشوار جيلالي ، خواطر حول بعض جوانب في العلاقات الزوجية ،م.ج.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 2007، العدد 02 .

22- تشوار جيلالي، عدم المذهبية الصرف كمنهج تبناه المُشرع الجزائري لوضع الأحكام الأسرية،،م.ج.ع.ق.إ.س، 2007، العدد 02 .

23- تشوار جيلالي ، تحفظات الجزائر على بعض بنود الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق المرأة الأسرية بين التراجع و التمسك ،م.ع.ق.إ.س، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان، 2012، العدد 12.

24- تشوار جيلالي، الأحكام الإسلامية في مسائل تغيير الجنس والاستنساخ البشري، م.ج.ع.ق.إ.س، عدد4، 1998.

25- تشوار جيلالي، سن الزواج بين الإذن والجزاء، م،ج،ع،ق،ا،س، ،1999،عدد4.

26- تشوار جيلالي، حماية الطفل عبر الإذن بالزواج، م.ج.ع.ق.ا.س، 2000،عدد1.

27- تشوار حميدو زكية، بعض حقوق المرأة المستحدثة بمقتضى الامر 02/05 المعدل لقانون الاسرة ،م.ع.ق.إ.س،كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 2012، العدد 12.

28- تقية عبدالفتاح ، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون رقم 11/84، م،ج،ع،ق،ا،س، ، 2008، عدد02.

29- تقية عبد الفتاح ، الإشكالات القانونية بين النظرية والتطبيق في قانون الأسرة، م.ع.ق.إ.س، 2003، العدد02.

30- جيهان الطاهر عبد الحليم، مضامين الاتفاقيات والمواثيق الدولية الخاصة بقضايا المرأة المسلمةالمعاصرة،2012/07/31،ص31. http://fiqh.islammessage.com.

31- حفيظة شقير، الاتفاقيات الدولية وحقوق المرأة في العالم العربي، مركز الدراسات أمان، المركزالعربي للمصادر والمعلومات حول العنف ضد المرأة، 2005/03/10، http://www.amanjordan.org

32- خلافي ربيعة، الإشكالات القانونية التي تثيرها عملية التصرف الواردة على جسم الإنسان، مجلة الحجة، تلمسان، جانفي 2012، العدد3.

33- دنوني هجيرة ، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائرين م.ج.ع.ق.إ.س، ، 1994، العدد01.

34- دنوني هجيرة ، إجحاف قانون الاسرة الجزائري بحقوق المرأة، مجلة المجلس الاسلامي الاعلى، 2000، العدد3.

35- دعد موسى، حقوق المراة ومساواتها الكاملة في كافة المجالات، الحوار المتمدن-العدد 419 - 2003 / 3 / 8 - 06:12، http://www.ahewar.org

36- رشا عرفة، المؤتمرات الدولية والمرأة المسلمة.تعدد الصياغات والهدف واحد، شبكة رسالة الاسلام، بتاريخ:2010/0/29. http://woman.islammessage.com

37- رجاء ناجي مكاوي، كونية نظام الأسرة في عالم متعدد الخصوصيات، الدروس الحسنية، المغرب، 2003.

38- زقور أحسن، العولمة وحقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية وإعلان الأمم المتحدة، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران،العدد11، أكتوبر 2004.

39- زهية منتصر، دراسة جديدة عن مستقبل واستمرارية الحركة النسوية بالجزائر تكشف: الجزائريات لا يعرفن قانون الأسرة، والجامعيات لا يفكرن إلا في الزواج، جريدة الشروقاليومي،العدد50406في2010/04/05.www.echoroukonline.com/ara

40- سعاد سطحي، التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن العدول عن الخطبة، مجلة المعيار،عدد خاص بأعمال الملتقي الوطني حول قانون الأسرة وتحولات المجتمع الجزائري أيام 6،7،8 مارس 2004، ،جويلية 2004. العدد التاسع.

41- شهرزاد بوسطلة، الولي في عقد الزواج وموقف المشرع الجزائري منه، مجلة المنتدى القانوني، جامعة بسكرة، 2011، العدد4.

42- طالبي سرور المل، عالمية حقوق الانسان والخصوصية العربية الاسلامية، مركز جيل للبحث العلمي، 2014/02/05، http://jilrc.com/ .

43- عبد الرحمن بن حسن النفيسه، مسائل في الفقه، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية متخصصة في الفقه الاسلامي، العدد70، مارس، أفريل، ماي، 2006، مطابع دار البحوث، الرياض.

44- عيسى جعنيط، المرأة والاسرة الجزائرية في مواجهة التغريب والعولمة، مجلة البصيرة للبحوث والدراسات الانسانية، ، سبتمبر2004. العددالثامن.

45- عمر التومي الشيباني، تربية المرأة اليوم على ضوء الإسلام، محاضرات ومناقشات محاضرات ومناقشات الملتقى الحادي عشر للفكرالإسلامي، المجلد الثالث، 06-1977/02/15، ورجلان، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 1984.

46- عمر صدوق، دراسة الجديد في تعديل قانون الأسرة، مجلة المحاماة، منطقة تيزي وزو، مارس 2007، العدد5.

47- عبد الكريم فؤاد بن عبد الكريم، العولمة الاجتماعية للمرأة والأسرة، موقع لها أون لاين، 2003/12/27، http://www.lahaonline.com

48- فاضلي إدريس، قانون الأسرة بين الثابت والمتغير، م.ع.ق.إ.س، الجزء34 1996، عدد4.

49- فؤاد بن عبد الكريم، العُدوان على المرأة في المؤتمرات الدولية، مجلة البيان، ط1، الرياض، 2005.

50- فاروق الزعبي، حقوق المرأة في القانون الدولي والتشريعات الوطنية الأردنية- دراسة مقارنة-، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإجتماعية والإنسانية، جامعة اليرموك الأردنية، المجلد19 ، مارس 2003 . العدد الأول.

51- فيرونيك أرنو،إدراج التشريعات الدولية صلب التشريعات الوطنية، مجلة ديناميكية النوع الاجتماعي، الصادرة عن البرنامج الاقليمي لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الارومتوسطية، العدد4 فيفري www. euromedgenderquality. Org.2010

52- فريدة بناني وزينب معادي، دليل تكريم النساء في النصوص المقدسة، برنامج الأمم المتحدة الإنمائي مشروع إدارة الحكم في الدول العربية، سنة2002.

53- قمراء السبيعي، ماذا حدث في مؤتمر"بكين+15"، اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل. http://www.iicwc.org.

54- قاسم العيد عبد القادر، الأهلية في الزواج وفقاً لأحكام قانون الأسرة الجزائري، مجلة المعيار ، كلية الشريعة والحضارة الاسلامية بجامعة الأمير عبدالقادر قسنطينة، عدد خاص بأعمال الملتقى الوطني قانون الأسرة وتحولات المجتمع الجزائري، 6-8 مارس 2004، جويلية 2004، العدد9.

55- كاميليا حلمي محمد، أهم المصطلحات الواردة في أبرز الإتفاقيات والمواثيق الدولية للمرأة والطفل وخطورتها على الأسرة، المؤتمر الدولي الأسرة المسلمة في ظل المتغيرات المعاصرة، الجامعة الأردنية، عمان 9-11 أبريل 2013.

56- محمد الصادق بسيس، ما أعطاه الإسلام للمرأة كاف وكفيل بان يجنينا التجارب والنكسات . محاضرات ومناقشات الملتقى الحادي عشر للفكر الإسلامي، المجلد الثالث، 06-1977/02/15، ورجلان، دار البعث للطباعة والنشر، قسنطينة، الجزائر، 1984.

57- محمد رمضان البوطي، البحث عن مشروع لاستكمال حقوق المرأة في الإسلام، المرأة وتحولات عصر جديد، وقائع ندوة دار الفكر في أسبوعها الثقافي الثالث، دار الفكر، دمشق، 2002.

58- محمد خليل الموسى، التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الانسان، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2002. العدد3.

59- محمد باوني، الخطبة المقترة بالفاتحة وحكمها شرعاً وقانونا "دراسة مقارنة" مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، ، فيفري2004. العدد15.

60- محمد بن حمو، الغرب والإسلام مجهودات جبارة لتغيير ثقافي يخدم طموحات الغربيين، مجلة الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، ، أكتوبر 2004. العدد11.

61- محمد أبوا زهرة، روح الشريعة الإسلامية ووقع التشريع اليوم في العالم الإسلامي، مجلة الأصالة ، ماي 1976 ، العدد 33.

62- منذر أحمد القضاة، مسائل الأحوال الشخصية في التشريع الأردني وأثره في استقرار الأسرة دراسة مقارنة، الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، مؤتمر كلية الحقوق، جامعة عمان، الأهلية، من 20-2010/04/21، ط1، الحامد للنشر،الأردن،2012.

63- منصف الحواشي، المساواة والشراكة الزوجية في تشريعات الأحوال الشخصية التونسية الثابت والمتحول، مؤتمر الحماية القانونية للأسرة بين الواقع والطموح، كلية الحقوق، جامعة عمان الأهلية من 20-2010/04/21،ط1، دار الحامد،الأردن،2012.

64- مجلة ديناميكية النوع الاجتماعي، الصادرة عن البرنامج الاقليمي لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الارومتوسطية، العدد3 أكتوبر 2009. www. euromedgenderquality. Org

65- مروك نصرالدين ، قانون الأسرة الجزائري بين النظرية و التطبيق، قضايا المرأة و الأسرة بين المبادئ الإسلامية و معالجات القوانين الوضعية،م.م.إ.أ،2000، عدد3.

66- مروة معد، المساواة الدستورية و القانونية الكاملة للمرأة مع الرجل، الحوار المتمدن-العدد: 2924 - 2010 / 2 / 22 - 13:01 .http://www.ahewar.org

67- محمد الراجي،تحالُفُ المساواة دون تحفّظ يطالب برفع التحفظات عن اتفاقية السيداو، جريدة هسبريس الالكترونية المغربية، الجمعة 2014/03/14/-11:10.

68- نهى القاطرجي، قراءة إسلامية في اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، بحث مقدم لمؤتمر " أحكام الأسرة بين الشريعة الإسلامية والاتفاقات والإعلانات الدولية" جامعة طنطا-مصر، 7-9 أكتوبر 2008م.

69- يحياوي أعمر، الإجراءات الايجابية، أي حل لمعالجة اللامساواة الفعلية بين الرجل والمرأة، م.ج.ق.إ.س،2008، العدد01.

ب-باللغة الفرنسية

13- -H.DENNOUNI ,Les conventions entre époux en droit, algérien pourquoi les conventions et pas contrat ? Revue semestrielle, editée par le laboratoire de droit privé fondamental , Université Tlemcen, Faculté de droit , 2007.

14- -D. TCHOUAR, Le mariage polygamique entre le fiqh et le droit positif algerien,R.A.S.J.E.P, Alger, 1997,n=02.

15- H.HAMMOUTENE, Rèflexion sur le statude la femme en droit algérien de la famille, El-mouhamat, Revue des avocats de la région de Tizi-ouzouMars2007. , N°5.

16- R.BABADJI, et J. HENRY, Universalisme et identité juridique : l'état de droit dans le monde arabe, annuaire de l'afrique de nord, 1995 , C.N.R.S Editions, Paris, 1997.
17- A.CHERIF CGAMMARI, Fédération international des droits de l'homme, www.fidl.org.

خامساً- دراسات وأبحاث

1- الوزير نوارة سعديةجعفر، المرأة الجزائرية واقع ومعطيات، الوزارة المنتدبة المكلفة بالأسرة وقضايا المرأة.

2- المصري مبروك وآخرون، دراسة تحليلية وتأصيلية للمشكلات العملية المتعلقة بقانون الأسرة الجزائري في الشريعة الأسلامية والقانون المقارن، جامعة أدرار، 2008.

3- إصلاح سياسي أم تقييد إضافي للمجتمع وللمجال السياسي في الجزائر، تحليل نقدي. تقرير صادر عن كل من الرابطة الجزائرية للدفاع عن حقوق الانسان، والنقابة الوطنية المستقلة لمستخدمي الادارة العمومية بالجزائر، وبدعم من الشبكة الاروبية لحقوق الانسان، أبريل 2012، ص30.

4- اللجنة الاسلامية العالمية للمرأة والطفل ، رؤية نقدية، من منظور شرعي تفاقية القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة سيداو .http://www.iicwc.org

5- اللجنة الإسلامية العالمية للمرأة والطفل، بكين+10 مخاوف على الأسرة. http://www.iicwc.org

سادساً-المواثيق والإعلانات

1- ميثاق الأمم المتحدة 1945 .

2- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 1948.

3- اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة1952.

4- المعاهدة الاروبية لحقوق الانسان وقعت في 1950/11/04 ودخلت حيز التنفيذ في 1953/09/03.

5- اتفاقية جنسية المرأة المتزوجة عُرضت للتوقيع والتصديق بقرار الجمعية العامة 1040(د-11) يوم 29 كانون الثاني/يناير 1957. تاريخ بدء النفاذ: 11آب/ اغسطس 1958.

6- العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية 1966.

7- العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية 1966.

8- اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1979.

9- اتفاقية حقوق الطفل أُعتمدت وعُرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة 25/44 يوم 20 تشرين الثاني/ نوفمبر 1989. تاريخ بدء النفاذ: 2 أيلول/ سبتمبر 1990.

10- إعلان القاهرة لحقوق الإنسان في الإسلام" الصادر عن مؤتمر وزراء خارجية الدول الإسلامية في العام 1990.

11- الإعلان العالمي بشأن القضاء على العنف ضد المرأة لسنة 1993.

12- مؤتمر القاهرة للسكان والتنمية 1994.

13- منهاج عمل بكين 1995

14- القرار رقم 52-100 بشان متابعة المؤتمر الرابع المعني بالمرأة 1996 والتنفيذ التام لإعلان بكين ومنهاج العمل.

15- البوتوكول الإختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999.

16- النظام الداخلي للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة و النظام الداخلي للبروتوكول الاختياري لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة.

سابعاً-النصوص القانونية

أ- الوطنية

1- الددستور الجزائري 28 نوفمبر 1996. ج.ر رقم 76 المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 ابريل2002 ج.ر رقم 25 المؤرخة في 14 ابريل 2002. وبالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15نوفمبر 2008 ج.ر رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

2- القانون العضوي رقم 04/12 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالأحزاب السياسية.ج.ر رقم 02.

3- القانون العضوي رقم 12 - 03 المؤرخ في 12 يناير 2012 والذي يحدد آليات زيادة فرص تمثيل المرأة في المجالس المنتخبة.ج.ر رقم 01.

4- قانون 02 ماي 1930 والمتعلق بالأهالي القبائل.

5- الأمر رقم 274-59 الصادر في 1959/2/4 الخاص بعقود الزواج التي يعقدها الأشخاص الذين يخضعون للأحوال الشخصية المحلية، وذلك في عمالات الجزائر والواحات والساورة.

6- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 17 فبراير 1970 يتضمن الحالة المدنية المعدل والمتمم. ج.ر رقم 21..

7- الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. ج.ر رقم 78 ص 990.

8- القانون 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005. ج.ر رقم 24، ص 910.

9- الامر رقم 96-03 المؤرخ في 1996/01/10 يتضمن الموافقة، مع التحفظ على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة1979 ج.ر 03 المؤرخة في 1996/01/14.

10- المرسوم الرئاسي رقم 67/89 الصادر بتاريخ 1989/05/17.ج.ر رقم20.يتضمن انضمام الجزائر الى العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية.

11- المرسوم الرئاسي رقم 04-126 المؤرخ في 2004/04/19(ج.ر 26في 2004/04/25). يتضمن الانضمام الى اتفاقية الحقوق السياسية للمرأة1952.

12- المرسوم الرئاسي 96-51 المؤرخ في 1996/01/22 يتضمن الانضمام مع التحفظ، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية الى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979 .

13- المرسوم التنفيذي رقم 06-154 المؤرخ في 2006/05/11، والذي يحدد شروط و كيفيات تطبيق أحكام المادة 7مكررق.أ.

14- المنشور الوزاري رقم 84/ 102 الصادر بتاريخ 23/ 12/ 1984.

ب- الأجنبية

15- الأمر 13 أوت 1956 المتضمن مجلة الأحوال الشخصية (المعدلة والمتممة) الرائد الرسمي التونسي عدد 66 .

16- القانون رقم 61 لسنة 1976 المعدل بالقانون رقم 82 لسنة 2001 .يتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

17- الظهير الشريف رقم 1.04.22 صادر في 03 فبراير 2004 يتضمن القانون رقم 70.03 يتضمن مدونة الأسرة .

18- المرسوم الصادر برقم 103 لسنة2011، بتاريخ2011/10/24يتعلق بالترخيص في المصادقة على سحب بيان وتحفظات(المواد15/9،29/2،16،1/4.) صادرة عن الحكومة التونسية وملحقة بالقانون عدد 68لسنة1985 المؤرخ في 1985/07/12 المتعلق بالمصادقة على السيداو.

سابعاً- القرارات والتوصيات والتقارير

1- الجمعية العامة، الجلسة العامة 116 في 1985/12/13. قرارات الدورة الأربعون للجمعية العامة.A/res/40/108 . http://www.un.org/arabic

2- قرارات الدورة الأربعون للجمعية العامة.A/res/40/108 . الجمعية العامة، الجلسة العامة 116 في 1985/12/13. http://www.un.org/arabic

3- لجنة القضاء علي التمييز ضد المرأة، الدورة الخامسة، 1986، التوصية العامة رقم 1 . www1.umn.edu/humanrts/arabic/cedaw

4- لجنة السيداو ، الدورة السابعة، 1988، التوصية العامة رقم 5 وثيقة الأمم المتحدة www1.umn.edu/humanrts/arabic/cedaw..A/43/38

5- لجنة السيداو ، الدورة السابعة، 1988، التوصية العامة رقم 8 لتنفيذ المادة 8 من الاتفاقية. وثيقة الأمم المتحدةwww1.umn.edu/humanrts/arabic/cedaw A/43/38

6- لجنة السيداو ، الدورة 8، 1989، التوصية العامة رقم 13 تساوي ألأجور الأعمال المتساوية القيمة. وثيقة الأمم المتحدة.www.umn.edu/humanrts/ara/cedaw A/43/38

7- لجنة السيداو ، الدورة 13، 1992، التوصية العامة رقم 21 المساواة في الزواج والعلاقات الأسرية. وثيقة الأمم المتحدةwww1.umn.edu/humanrts/ara/cedaw A/49/38

8- لجنة السيداو ، الدورة 16، 1997، التوصية العامة رقم 23 الحياة السياسية والعامة. وثيقة الأمم المتحدةwww1.umn.edu/humanrts/arabic/cedaw.. A/43/38

9- قرار جامعة الدول العربية رقم 5819 الصادر في 1998/09/17، في الدورة 11.

10- لجنة السيداو ، الدورة 20، 1999، التوصية العامة رقم 24 المادة 12 من الاتفاقية المرأة والصحة. وثيقة الأمم المتحدةwww1.umn.edu/humanrts/arab/cedaw A/54/38

11- قرار الجمعية العامة رقم A/RES/64/289. في تموز/يوليه 2010.

12- التوصية العامة رقم29: توصية عامة بشأن المادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (الآثار الاقتصادية المترتبة على الزواج والعلاقات الأسرية وعلى فسخ الزواج وإنهاء العلاقات الأسرية) (CEDAW/C/GC/29).

13- تقرير الجزائر الأولي أمام لجنة السيداو CEDAW/C/DZA/11/09/1998

14- رد لجنة السيداو على التقرير الأولي للجزائر . CEDAW/C/SR.406/1/ Add.1 11/09/1998

15- تقرير الجزائر الثاني أمام لجنة السيداو /CEDAW/C/DZA/02 200302/05/

16- رد لجنة السيداو على التقرير الثاني للجزائر CEDAW/C/SR.667.668 تقرير الجزائر الثالث والرابع أمام لجنة السيداو 24/05/2010 /CEDAW/C/DZA/3-4

17- رد لجنة السيداو على التقرير الثالث والرابع للجزائر CEDAW/C/SR.1031 و CEDAW/C/SR.1032

18- تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي تُجاه الجزائر،الدورة 44، جنيف، 3-21/أيار/ماي2010. E/C.12/DZA/CO/4

19- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون، الملحق رقم 10(A/62/10)، الفقرة153.

20- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الثالثة والستون ، الملحق رقم 10(A/62/10)، الفقرة153.

21- الوثائق الرسمية للجمعية العامة، الدورة الخمسون ، الملحق رقم 10(A/53/10)، الفقرة497.

22- تقرير المجلس الأعلى الاسلامي، الملتقى الثالث، في 13/12/11/أكتوبر/1999، خاص بموضوع المرأة والطفل.

23- منظمة العفو الدولية، بكين+15 إحقاق حقوق المرأة، فبراير 2010، رقم الوثيقة: ACT 77/005/2010

24- التقرير حول تحليل الوضع الوطني للحقوق الإنسانية للمرأة الجزائرية والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، برنامج تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقة الأرومتوسطية(2008-2011)،جوان2010..www.euromedgenderequality.org .

25- تقرير الجزائر حول تحليل الوضع الوطني، الحقوق الإنسانية للمرأة والمساواة على أساس النوع الاجتماعي، لتعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في المنطقةالاروموتوسطية(2008-2011).www euromedgenderquality. Org

الفهرس

الفهرس

إهداء..... أ
شكر وتقدير ..... ب
قائمة أهم المختصرات..... ج
مقدمة 01
الفصل التمهيدي : ماهية المساواة بين الزوجين 10
المبحث الأول : مفهوم المساواة..... 11
المطلب الأول : تعريف المساواة..... 11
الفرع الأول : تعريف المساواة لغةً واصطلاحاً 11
الفرع الثاني: تعريف المساواة في عقد الزواج 12
المطلب الثاني : تمييز المساواة بين الزوجين عن مصطلح الجندر..... 14
الفرع الأول : الجذور التاريخية للجندر..... 14
الفرع الثاني : مفهوم الجندر..... 16
المبحث الثاني : ظهور وتطور مبدأ المساواة..... 17
المطلب الأول : المساواة في العصور القديمة..... 18
الفرع الأول: بلاد الفرس و بلاد ما بين النهرين و مصر القديمة 18
أولاً : بلاد الفرس 18
ثانياً : بلاد ما بين النهرين..... 19
ثالثاً : مصر القديمة..... 21
الفرع الثاني : بلاد الإغريق (اليونان القديم) وبلاد الرومان 23
أولاً : بلاد الإغريق..... 23
ثانيا : بلاد الرومان 26
الفرع الثالث : الإمبراطورية الصينية القديمة و الحضارة الهندية.... 28
أولاً : الإمبراطورية الصينية القديمة 28
ثانياً : الحضارة الهندية..... 29
الفرع الرابع : العصر الجاهلي (قبل الإسلام)... 30

الفرع الخامس : المرأة في الإسلام..... 32
المطلب الثاني : المرأة في عهد العصور الوسطى 37
الفرع الأول : المرأة في عهد أوروبا المسيحية..... 37
الفرع الثاني : أوروبا في القرون الوسطى و بداية العصر الحديث..... 39
الباب الأول: المساواة بين الجنسين في إبرام عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري..... 46
الفصل الأول : تفعيل مظاهر المساواة بين الجنسين 48
المبحث الأول : تأكيد المساواة بين الجنسين في الخطبة..... 49
المطلب الأول : مفهوم الخطبة..... 51
الفرع الأول : تعريف الخطبة..... 52
الفرع الثاني : التكييف القانوني للخطبة..... 53
أولاً– تكييف الخطبة على أساس أنها عقد 53
ثانياً– تكييف الخطبة على أساس أنها وعد..... 54
ثالثا – موقف المشرع الجوائري 58
المطلب الثاني : المساواة في الإعلان عن الخطبة و العدول عنها من كلا الطرفين... 59
الفرع الأول : المساواة في الإعلان عن الخطبة..... 59
أولاً– إعلان الخطبة من طرف المرأة بنفسها 60
ثانياً– إعلان الخطبة من طرف ولي المرأة أو غيره..... 61
الفرع الثاني : المساواة في آثار العدول عن الخطبة..... 63
أولاً– المساواة في العدول عن الخطبة..... 64
ثانياً– المساواة في التعويض عن ضرر العدول..... 66
ثالثاً– المساواة في رد الهدايا..... 73
أ – النظرة الفقهية..... 74
ب– موقف المشرع الجزائري:..... 76
ج– رأي القضاء 81
المبحث الثاني : المساواة في تأهيل الزواج بين الجنسين..... 83
المطلب الأول : التكييف القانوني لعقد الزواج..... 87

الفرع الأول : الزواج نظام قانوني 88
الفرع الثاني : الزواج عقد..... 90
الفرع الثالث : الزواج عقد و نظام قانوني في آن واحد..... 93
المطلب الثاني : المساواة بين طرفي عقد الزواج..... 97
الفرع الأول : الاختلاف في الجنس بمعناه الفعلي..... 98
أولاً- حالة الشخص العادي من حيث التكوين الجنسي..... 99
أ- معايير التمييز بين الذكر والأنثى في الفقه الإسلامي 99
1- العلامات الخاصة بجنس الذكر..... 99
2- العلامات الخاصة بجنس الأنثى 99
ب-معايير التمييز بين الذكر والأنثى في الطب..... 99
1- الصبغيات (الكروموسومات)..... 99
2- الغدد..... 99
3- الأعضاء التناسلية 100
ثانياُ- حالة الشخص غير العادي من حيث التكوين الجنسي(الخنثى) 100
الفرع الثاني : الاختلاف في الجنس بمعناه البسكولوجي 101
أولاً – التشريع الفرنسي:..... 101
ثانياً- التشريع المصري 103
ثالثاً- التشريع الجزائري 104
الفرع الثالث : المُغالاة في المساواة بين الجنسين في تأسيس الأسرة..... 107
المطلب الثالث : المساواة في سن الزواج..... 112
الفرع الأول : توحيد سن الزواج 114
أولاً- سن الزواج في التشريعات الجزائرية: 114
أ- التشريعات التي نظمت سن الزواج قبل الاستقلال 114
ب- التشريعات التي نظمت سن الزواج بعد الإستقلال 115
ج- المساواة في سن الزواج بموجب قانون09-05 116
ثانياً: أُسس تحديد سن الزواج 119

أ–البواعث الشخصية 120
ب–بواعث المصلحة العامة 121
الفرع الثاني : الجزاء المترتب على مخالفة سن الزواج..... 125
أولاً– الجزاء التشريعي 126
ثانياً– موقف الفقه من الجزاء : 128
الفصل الثاني : إلغاء مظاهر التمييز بين الجنسين 138
المبحث الأول : إلغاء ولاية الإجبار..... 138
المطلب الأول : الولاية في الفقه الإسلامي 141
الفرع الأول : الولاية عند جمهور الفقهاء (ولاية الشركة)..... 142
الفرع الثاني : الولاية عند الحنفية(ولاية الاستحباب) 147
المطلب الثاني : موقف المشرع الجزائري من الولاية 151
الفرع الأول : الولاية في ظل قانون 11/84 152
الفرع الثاني : إلغاء ولاية الإجبار في ظل الأمر 02/05 158
المبحث الثاني : تقييد التعدد..... 166
المطلب الأول : تعدد الزوجات في بعض الحضارات القديمة والشريعة الإسلامية 167
الفرع الأول : تعدد الزوجات في بعض الحضارات القديمة 168
الفرع الثاني : تعدد الزوجات في الشريعة الإسلامية..... 171
أولا : تعريف تعدد الزوجات و حكمه 172
ثانيا : شروط تعدد الزوجات: 173
أ – العدل بين الزوجات: 173
ب – عدم اِشتراط الزوجة اِمتناع التزوج عليها: 173
ج – الحَاجة الملحّة 174
المطلب الثاني : تعدد الزوجات في التشريع الجزائري 176
الفرع الأول : شروط تعدد الزوجات 177
الفرع الثاني : آثار تقييد أو إلغاء تعدد الزوجات..... 182
الباب الثاني : المساواة بين الجنسين في المواثيق الدولية وتطبيقاتها على عقد الزواج في الجزائر 188

الفصل الأول: المساواة بين الجنسين في المواثيق والمؤتمرات الدولية واتفاقية السيداو..... 189
المبحث الأول: المساواة بين الجنسين في المواثيق والمؤتمرات الدولية..... 190
المطلب الأول: المساواة بين الجنسين في المواثيق الدولية..... 191
الفرع الأول: في الشرعة الدولية..... 192
أولاً– في ميثاق الأمم المتحدة..... 192
ثانياً– في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان..... 194
ثالثاً– في العهدين الدولين 196
الفرع الثاني: في المواثيق والإعلانات الخاصة..... 199
أولاً– المساواة بين الجنسين ضمن المعاهدات والمواثيق الدولية الخاصة.... 200
ثانياً– المساواة بين الجنسين ضمن الإعلانات الدولية..... 203
المطلب الثاني: مُساواة المرأة في المؤتمرات الدولية الخاصة..... 205
الفرع الاول: المؤتمرات في القرن العشرين..... 206
أولاً–المؤتمر العالمي الأول للسنة الدولية للمرأة (مكسيكو سيتي1975)..... 206
ثانياً– مؤتمر كوبنهاجن 1980..... 207
ثالثاً– مؤتمر نيروبي 1985..... 209
رابعاً–مؤتمر بكين 1995م..... 210
الفرع الثاني: مؤتمرات القرن الواحد والعشرون..... 214
أولاً–مؤتمر بكين+5 نيويورك 2000..... 214
ثانياً– مؤتمر بكين +10نيويورك..... 215
ثالثاً– "بكين+15" نيويورك 2010..... 216
المبحث الثاني: ماهية اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة..... 221
المطلب الأول: دور الاتفاقية في تعزيز مُساواة المرأة..... 222
الفرع الأول: مفهوم اتفاقية السيداو..... 222
أولاً– تعريفها..... 222
ثانياً– خصائص اتفاقية السيداو..... 224
الفرع الثاني: مضمون اتفاقية السيداو..... 225

أولاً–الجزء الأول : التعريفات والتدابير..... 226
ثانيا – الجزء الرابع : المساواة في الأهلية القانونية..... 232
ثالثاً–الجزء السادس: النفاذ والتوقيع والتحفظ..... 235
المطلب الثاني: لجنة القضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة..... 238
الفرع الأول: ماهية لجنة السيداو..... 239
أولاً– تعريف لجنة السيداو..... 239
ثانياً– تلقي تقارير الدول الأطراف من قبل لجنة السيداو..... 240
أ – تقديم الدول الأطراف للتقارير..... 241
1–التقارير الأولية..... 241
2– التقارير الدورية..... 242
3– التقارير الإستثنائية..... 243
ب– نظر اللجنة في التقارير..... 244
الفرع الثاني: البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة 1999..... 246
أولاً– ماهية البروتوكول الأختياري..... 246
ثانياً– شروط النظر في الشكاوى من قِبل اللجنة..... 250
الفصل الثاني: التدابير التشريعية المُتخذة من الجزائر إثر سحبها لبعض تحفظاتها على اتفاقية السيداو..... 253
المبحث الأول: تحفظات الجزائر على اتفاقية السيداو..... 254
المطلب الأول: مفهوم التحفظ..... 254
الفرع الأول: تعريف التحفظ..... 255
الفرع الثاني: شروط التحفظ..... 257
أولاً–الشروط الشكلية للتحفظ..... 258
1– المواءمة بين القانون الداخلي النافذ وأحكام المعاهدة..... 258
2– عدم جوا إبداء تحفظات بعد التصديق على المعاهدة أوالانضمام اليها 259

3- عدم جواز التحفظات العامة..... 260
ثانياً-الشروط الموضوعية للتحفظ..... 261
المطلب الثاني: طبيعة تحفظات الجزائر على اتفاقية السيداو..... 264
الفرع الأول: تحفظات الجزائر على اتفاقية السيداو..... 265
الفرع الثاني: دواعي التحفظ المؤسسة على ضابط الشريعة الإسلامية..... 268
الفرع الثالث: الإنتقادات المُوجهة لهذا الاختيار..... 272
المطلب الثالث: المُفارقة بين قبول التحفظ على السيداو، والإعتراضات المُوجهة له... 278
الفرع الأول: دواعي قبول التحفظات على اتفاقية لسيداو..... 278
الفرع الثاني: إعتراضات بعض الدول على تحفظات الجزائر على اتفاقية السيداو. 282
المبحث الثاني: سحب الجزائر لبعض تحفظاتها على اتفاقية السيداو..... 286
المطلب الاول: تقارير الجزائر المُقدمة للجنة القضاء على التمييز ضد المرأة..... 286
الفرع الأول: التقرير الأولي 1998..... 286
أولاً- مضمون التقرير..... 286
ثانياً- رد اللجنة على التقرير الاولي..... 289
الفرع الثاني: التقرير الثاني..... 292
أولاً- مضمون التقرير..... 292
ثانياً- رد اللجنة..... 293
الفرع الثالث: التقريران الثالث والرابع..... 296
أولاً-مضمون التقريرين..... 296
ثانياً- رد اللجنة..... 300
المطلب الثاني: الاجراءات والتدبير التشريعية المستحدثة بموجب الأمر 02/05 لتفعيل مبدأ المساواة بين الزوجين..... 306
الفرع الأول: توافق نصوص قانون الأسرة مع اتفاقية السيداو (في تأسيس عقد الزواج)..... 306
أولاً-المساواة في مواد الخطبة بين الرجل والمرأة..... 307
ثانياً-المساواة في الأهلية القانونية للزواج..... 309

الفرع الثاني: تَعَارض نصوص قانون الأسرة مع اتفاقية السيداو (في تأسيس عقدالزواج)..... 312
أولاً–مساواة المرأة في حرية اختيار زوجها..... 312
ثانياً –تعدد الزوجات وتعارضه مع نصوص اتفاقية السيدا..... 318
خاتمة 323
الملاحق 332
قائمة المراجع 332
الفهرس 356

ملخص:

ساوى المُؤسس الدستور الجزائري في الحقوق والمراكز القانونية لكل المواطنين، بغض النظر عن الجنس أو اللون أو العرق. ومن ذلك حرص المُشرع في قانون الأسرة على تعزيز المساواة بين الرجل والمرأة في إبرام عقد الزواج، وذلك تماشياً مع المواثيق الدولية، وخاصة اتفاقية إلغاء كافة أشكال التمييز ضد المرأة(سيداو) التي صادق عليها الجزائر بتحفظ. فعلى مستوى الخِطبة يجوز للمرأة أن تُبادر بالإعلان عن الخِطبة. كما وحد المُشرع السن القانونية بـ 19سنة كاملة لِكلا الجنسين، وألغى المُشرع الجزائري ركن الولي في عقد الزواج، على أساس الأهلية القانونية الكاملة للمرأة في إبرام عقد زواجها بنفسها على غِرار باقي العقود الأُخرى، من غير أي وصاية عليها من طرف الولي. كما أضاف قيود جديدة لتعدد الزوجات من أجل عدم انتشاره في المجتمع سعياً منه لِأُحادية الزوجة.

الكلمات المفتاحية: المساواة– الجندر – الرجل–المرأة–الخِطبة– سن الزواج– الولي– تعدد الزوجات–سيداو.

Résumé:
Le fondateur de la Constitution algérienne a instauré l égalité des droits et les situations juridiques et pour tous les citoyens, indépendamment de leur sexe, de la couleur ou de la race. Le législateur a tellement travaillé sur le droit de la famille pour la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes dans la conclusion d'un contrat de mariage, en ligne avec les conventions internationales, en particulier l'abolition de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), ratifiée par l'Algérie conservatrice. Au niveau de mariage il a permis à une femme de prendre l'initiative de faire son fiançailles . aussi le législateur unie l' âge légal de 19 par an pour les deux sexes, et annule le gardien législature dans le contrat de mariage, la femme a le droit de faire son maiage par elle meme sans aucune tutelle Il a également ajouté de nouvelles restrictions à la polygamie afin de ne pas répandre dans la communauté dans un effort pour encourager la mono femme.
Mots-clés: l'égalité - Gender- homme-femme-fiançailles – âge de mariage - wali - la polygamie - CEDEF.

Abstract:
The founder of The Algerian Constitution equalize rights and legal centers for all citizens, regardless of sex, colour, or race . The legislature in the Family code is keen to promote equality between men and women in the contract of marriage , in line with international conventions, particularly the convention of the ablation of all forms of discrimination against woman which was ratified conservatively by Algeria .

Woman may initiate to announce the engagement. Besides. the Legislature united the legal age of19 years old for both sexes. and canceled the guardian in the contract of marriage on the basis of full legal capacity of woman in her marriage contract like the rest other the contracts. Without any guardianship. It also. added new restriction on polygamy in order not to spread in the community in pursity of monogamy.

Keywords: Equality- Gender-man -woman - engagement-Marriage age- the guardian- polygamy- CEDAW.